

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL:

REINVENTAR A REFORMA DA JUSTIÇA

Oito homens pularam o muro à noite, constrangeram o guarda, com gasolina, atearam o fogo que rapidamente destruiu um símbolo da luta pela democratização do sistema de justiça na maior e mais desigual cidade do Brasil. Foi no mesmo maio de 2006 em que centenas de vidas foram eliminadas na inútil luta entre um mal e um mal pior.

Assim se celebram os dez anos do Centro de Integração da Cidadania. Um sonho ambicioso de uma justiça a serviço da universalização do Estado de Direito num país de tantas desigualdades e violências. Um programa desenhado por planejadores ilustrados que acreditavam estar fazendo o melhor em circunstâncias adversas. Um posto de serviços onde profissionais entusiasmados sentiam estar contribuindo para que algumas pessoas pudessem conhecer e reivindicar seus direitos.

Um quarto de século nos separa do início do declínio de um regime autoritário. E, no entanto, ainda é urgente lutar por reformas institucionais capazes de assegurar requisitos de uma democracia, como a igualdade perante as leis e a proteção dos direitos humanos. A nova legalidade e a formalização da cidadania não foram instrumentos mágicos de transformação da exclusão social em dignidade, da violência em reivindicações majoritárias, da periferia em cidade onde se vive o bem-estar.

O CIC também não foi um passe de mágica para transformar a violência dos homicídios, do desemprego, da pobreza, da moradia insalubre, da polícia arbitrária, da ausência de direitos que atinge a maioria dos cidadãos(?) brasileiros. Mas ele significa um passo, uma ação concreta, uma tentativa de inverter as prioridades de um sistema de justiça que não fez frente ao crescimento da desigualdade e à insuportável lentidão em universalizar direitos civis em nossa sociedade.

Sonhou-se que em cada bairro das nossas cidades, por mais distante, por mais pobre, se fizesse sentir a presença de um Judiciário acessível para assegurar direitos e opor-se à sua sistemática violação, mesmo que numa sociedade de classes; de uma Defensoria Pública forte, bem organizada, atuando na defesa dos interesses dos que nunca tiveram vez nas antecedentes ordens políticas e econômicas; de um Ministério Público defensor dos interesses coletivos e difusos da maioria da população; de uma polícia preparada para realizar uma po-

lítica de preservação da vida, do patrimônio e da dignidade do cidadão, mesmo que pobre, negro, migrante, pouco escolarizado, mulher, idoso ou criança. E sonhou-se que essa reforma do sistema de justiça estivesse sendo orientada pela participação dos cidadãos no planejamento das políticas judiciais e de segurança, na cobrança de seus interesses e prioridades, na fiscalização da qualidade dos serviços, na reivindicação de direitos e deveres igualitários. É nisso que consiste o CIC. Se o leitor pouco ou nada ouviu falar sobre este programa executado pelo governo de São Paulo, pelo Governo Federal, pelo Tribunal de Justiça do Acre, pela prefeitura de Vitória, é porque o sonho de uma reforma democratizante da justiça foi sorrateiramente tendo seus joelhos dobrados por forças de manutenção da ordem injusta, que ora se chamam ajuste fiscal, ora se chamam corporativismo, ora se chamam culturas organizacionais fechadas.

Para cumprir sua tarefa cidadã de vigilância e cooperação na construção de um Estado social e democrático de direito, o **IBCCRIM** mais uma vez se mobiliza na defesa da constante reinvenção da política pública de implantação do CIC. Faz isso divulgando estudo de seu Núcleo de Pesquisa, em São Paulo, no Acre e em Vitória, resultado de um concurso da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça para avaliar programas de prevenção da violência. Faz também um apelo às autoridades estaduais para que invistam na reconstrução imediata do CIC incendiado no Itaim Paulista, onde bravamente os servidores públicos, o Poder Judiciário e os conselheiros populares lutam para manter o atendimento aos cidadãos. Faz isso ainda, estudando propostas de aperfeiçoamento do projeto, amparadas na experiência de sete anos de pesquisa, que deverão ser oferecidas às chefias das instituições do sistema de justiça paulistas em julho.

Infelizmente é pouco diante da enormidade dos problemas sociais e da persistência dos autoritarismos de toda sorte em nossa Justiça. É, por ora, a contribuição possível e uma forma de resistência. ●

Conheça o relatório inédito da pesquisa *Centros Integrados de Cidadania: Desenho e implantação da política pública – 2003-2005*, no site www.ibccrim.org.br

Editorial

Índice

EDITORIAL: REINVENTAR A REFORMA DA JUSTIÇA	1
A NOMEAÇÃO DE MARIA THERESA E A PROFECIA DO ALBERTO SILVA FRANCO Marco Antonio R. Nahum	2
VIOLENCIA E CRISE José Eduardo Faria	2
OS RUMOS DA CONSTRUÇÃO DA POLÍCIA DEMOCRÁTICA Jacqueline Muniz e Domício Proença Júnior	4
MAIS DO MESMO Martina Elizabete L. Pio dos Santos	5
UMA HERANÇA INQUISITIVA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO André Luís Callegaro Nunes Gomes	6
COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: A CRISE EM SÃO PAULO Alexandre Costi Pandolfo e Marcelo Mayora	8
SEGURANÇA PÚBLICA: UM PROBLEMA POLICIAL OU POLÍTICO? Luís Paulo Sirvinskas	10
A DESPROPORCIONALIDADE DA PENA MÍNIMA COMINADA AO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR FACE À AMPLITUDE DE CONDUTAS ABRANGIDAS PELO TIPO Domingos Barroso da Costa e Fábio Rocha de Oliveira	11
A APLICAÇÃO DO § 1º-A DO ART. 557 DO CPC NA APELAÇÃO CRIMINAL: UMA SOLUÇÃO TÉCNICA PARA MODIFICAR INADEQUADO REGIME DE PENA IMPOSTO A ACUSADO POR CRIME DE ROUBO Nara Cibele Neves Morgado, Salvador José Barbosa Júnior e Sandro Marcelo Paris Franzoi	13
A LIBERDADE SEXUAL DA PESSOA ALIENADA OU DÉBIL MENTAL David Alves de Souza Lima e Oswaldo Henrique Duek Marques	15
ARTIGOS 136 DO CÓDIGO PENAL E 232 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CONFLITO APARENTE DE NORMAS Eduardo Luiz Santos Cabette	16
A FALÁCIA DO IN DUBIO PRO SOCIETATE NA DECISÃO DE PRONÚNCIA Walfredo Cunha Campos	18
A ALTERAÇÃO DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E O CRIME DE LESÕES CORPORAIS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - REFLEXOS DA LEI Nº 11.275/06 Leonardo Luiz de Figueiredo Costa	19

Caderno de Jurisprudência

MOTIVAÇÃO/FUNDAMENTAÇÃO	1001
DECISÃO DE RECEBIMENTO DE DENÚNCIA	1001
PRONÚNCIA	1001
SENTENÇA	1003
DECISÃO SOBRE PRISÃO CAUTELAR	1005
ASPECTOS DIVERSOS	1008

A NOMEAÇÃO DA MARIA THEREZA E A PROFECIA DO ALBERTO SILVA FRANCO

Marco Antonio R. Nahum

A NOMEAÇÃO DA MARIA THEREZA E A PROFECIA...

A vice-presidente do IBCCRIM, **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, acaba de ser nomeada ministra do Superior Tribunal de Justiça, na vaga do quinto constitucional dos advogados.

Mais do que um marco histórico para nosso Instituto, a ascensão de **Maria Thereza** ao STJ representa o pensamento humanista e a própria resistência política desenvolvida por todos os institutos e movimentos democráticos comprometidos com o respeito aos direitos e garantias fundamentais inseridos em nossa Constituição.

Renova a esperança de uma Justiça mais garantista. Os injustamente perseguidos, por certo, poderão contar com a compreensão de **Maria Thereza**, e os culpados, assegurados o contraditório e a ampla defesa, obterão a prestação jurisdicional nos estritos limites estabelecidos por lei constitucionalmente válida, o que significa dizer que o ato de fixar a pena significará, antes de tudo, a aplicação do poder de punir do Estado nos exatos limites de respeito aos direitos de cidadania a que o culpado também faz jus.

Certa vez **Alberto Silva Franco** demonstrou preocupação com o “juiz de nossos tempos”. E escreveu: “O juiz de hoje é o resultado final de uma formação universitária que desemboca numa petrificante

postura positivista, de um sistema de recrutamento que privilegia a cultura normativista; de uma visão compartimental de suas atividades; de uma compreensão burocrática dos feitos submetidos a seu julgamento, e de uma conduta insegura e corporativa ... Não, causa, portanto, surpresa que o juiz, modelado segundo padrões positivistas, não passe de um burocrata, de um temeroso respeitador de formas, de um seguidor obstinado e compulsivo de regras porque elas simplesmente existem ...”

Entretanto, neste mesmo texto, como um profeta, **Alberto** parecia prever **Maria Thereza** como juíza, ao afirmar que o magistrado deveria ter uma compreensão facetada da realidade social. “*Cultura judicial, sim, mas sempre acompanhada de cultura geral porque ambas devem conviver na mesma figura humana. Com esse tipo de formação, será possível desenhar o novo perfil de juiz, em condições de atuar na sociedade de exclusão social. Só esse juiz, com a mudança radical de sua maneira de perceber e de compreender seu papel na complexa sociedade atual, terá condições de com o grau necessário de efetividade, obstar as vulnerações dos direitos humanos...*”⁽¹⁾

Maria Thereza reúne todos esses requisitos. Por isso tem condições de perceber “seu papel na complexa sociedade atual”. Possui a cultura geral necessária

para perceber que os excluídos, antes de eventuais protagonistas de violência urbana, são vítimas da violência globalizada que lhes oprime.

Ela também tem consciência de que os direitos fundamentais da pessoa passam por um processo dialético de concepção axiológica, que acaba por gerar antinomias e lacunas no sistema jurídico, e que cabe ao juiz, em cada decisão, fazer prevalecer os preceitos constitucionalmente válidos e garantidores dos referidos direitos fundamentais, de maneira a propiciar a possibilidade de um amanhã mais humano e justo para todos.

Maria Thereza é, assim, a expressão mais autêntica dos valores ideológicos e das esperanças de todas as instituições compromissadas com o Estado Democrático de Direito.

Por isso, a nomeação de **Maria Thereza** constitui o símbolo da certeza de que a luta de todos nós não foi e não será em vão. A cidadania respira com a esperança redobrada. A profecia se torna realidade. ◉

Nota

(1) “E o juiz?”. *Boletim do IBCCRIM*, 144/novembro de 2004, pp 2/3.

Marco Antonio R. Nahum
Ex-presidente do IBCCRIM

VIOLÊNCIA E CRISE

José Eduardo Faria

O que mais chamou atenção nos ataques do PCC, em maio, não foi a ousadia. Foi a escalada da violência. Ousadia, a facção já havia mostrado há cinco anos, quando promoveu a maior rebelião generalizada do sistema prisional brasileiro. Desta vez, o PCC ampliou suas formas de ação, passando de motins simultâneos para fechamento do comércio, atentados a bancos, fóruns e bases policiais e assassinatos de agentes públicos. E, ao disseminar o medo generalizado, levou as autoridades ao constrangimento de negociar uma trégua, provocando uma colisão entre responsáveis pela segurança pública e autoridades penitenciárias.

O confronto foi vencido pela linha dura, defensora do aumento da repressão indiscriminada, e resultou numa *vendetta* não oficialmente assumida e numa demonstração patética de prepotência pelo secretário da Segurança, em

depoimento na Assembléia. Diagnósticos sobre a falência do sistema prisional e as desigualdades sociais do país foram apresentados em profusão e com variados enviesamentos ideológicos. Prognósticos foram feitos por comentaristas televisivos com a mesma consistência metodológica dos especialistas em tarô e jogo de búzios.

Terminado o mês de maio, contudo, a página parece ter sido virada e o debate da crise da segurança refluíu, para ser retomado com o advento de novas ondas de violência, novos ataques de facções criminosas e novas rebeliões num sistema prisional com um déficit de 155 mil vagas. O que se pode extrair disso tudo?

A primeira lição é de caráter programático e vai na contramão do senso comum, advertindo autoridades, legisladores e operadores jurídicos para o risco da tentação da “legislação do pân-

co”. Por serem feitas em momento de crise e insegurança, as “leis penais de ocasião” tendem a deformar o sistema de penas da ordem jurídica.

Também é preciso afastar a sedução tanto pela importação do modelo americano de política de “tolerância zero” e encarceramento em massa quanto pela tendência de explicar a explosão de criminalidade como se ela se limitasse a um problema geográfico, circunscrito a favelas, ou se restringisse aos segmentos pobres da população. “*Há um espaço social sombrio, difícil de ser devassado e desbaratado, onde se tramam as relações que nutrem o crime organizado e que atravessam as instituições e o tecido social. O enfrentamento desse tipo de crime é muito mais questão de inteligência do que de repressão*”, afirma **Fernando Salla**, do Núcleo de Estudos da Violência, após lembrar que a desarticulação do crime organizado exige efetiva articulação entre

Marco Antonio R. Nahum

José Eduardo Faria

➔ os poderes municipais, estaduais e federal e o fim das disputas políticas sobre esferas de competência.

Essa redefinição de papéis e funções, por sua vez, está atrelada a dois outros fatores complementares. Um deles é o comando desse processo. O outro diz respeito à política macroeconômica em vigor.

O primeiro fator envolve disputas partidárias. Ao afastar dos principais gabinetes do Palácio do Planalto a responsabilidade pela coordenação do Sistema Único de Segurança, para evitar seja o desgaste do Presidente da República com eventuais fracassos, seja o fortalecimento político de dirigentes não vinculados ao chefe da Casa Civil, entre 2003 e 2005, o governo comprometeu uma importante iniciativa para pensar a questão da segurança fora do imediatismo das situações de emergência.

O segundo fator decorre da inflexibilidade da política macroeconômica. Justificada em nome da austeridade monetária e da responsabilidade fiscal, ela levou ao corte indiscriminado de investimentos, à redução sem critérios de despesas de custeio e ao contingenciamento generalizado de verbas orçamentárias. Em 2005, o Ministério da Justiça investiu 5,5% dos R\$ 413 milhões previstos no Orçamento da União para o Fundo Nacional de Segurança Pública e o Plano Nacional de Segurança Pública utilizou 28,7% da verba prevista de R\$ 1,5 bilhão.

Em princípio, é compreensível a conversão do rigor fiscal em prioridade, tal a tradição de irresponsabilidade e malversação no gasto público. Sem esse equilíbrio, além disso, o país não conseguiria assegurar os “fundamentos macroeconômicos” para crescer, condição necessária para geração de empregos e inclusão social. Mas, ao tentar obtê-lo a qualquer preço, o governo converteu o superávit orçamentário num fim em si e não numa estratégia que lhe permitisse maximizar a aplicação de recursos escassos, com base numa definição de prioridades no plano social.

No plano jurídico, por fim, os ataques do PCC recolocaram o desafio da reforma da ordem jurídica — entre outros motivos porque o crime organizado tem atuação transterritorial e é estruturado de modo reticular, enquanto as legislações penal e processual penal, originariamente concebidas com base nas diretrizes criminais estabelecidas em 1903 pela Liga das Nações, são voltadas a crimes de caráter interindivi-

dual e praticados em contextos sociais de baixa complexidade.

Não se trata de aumentar penas indiscriminadamente nem de esvaziar o garantismo processual em nome do rigor punitivo, mas de se identificar tipos novos e mais complexos de criminalidade. E isso exige conhecer melhor as especificidades dos objetos a serem disciplinados, antes de se criar mais tipos penais segundo as estruturas convencionais da legislação em vigor. Para assegurar a certeza da punição, são necessárias leis que ampliem as penas alternativas para crimes não violentos, viabilizem experiências de *justiça restaurativa* e reservem penas privativas de liberdade para apenados de maior periculosidade.

Independentemente dessas medidas de curto e médio prazo, a questão de fundo para a eficácia das políticas de segurança pública, do sistema prisional e da ordem jurídica continua relacionada à superação das desigualdades sociais. Ao corroer os mecanismos de formação de identidades coletivas, a exclusão social propicia uma cultura de desagregação, a banalização da violência e a sobreposição do privado ao público. A exclusão esgarça o contrato social, dilui laços de convivência, rompe vínculos de cidadania. Em contextos como esse, não há um mínimo de integração social que permita à ordem jurídica ser universalmente acatada e a sociedade aparece “não apenas como imprevisível, mas hostil”. Ela tende a se estilhaçar “em micro-agrupamentos que passam a definir para si o que é certo e errado, não havendo entre eles um direito comum”, resultando daí “as subculturas do crime, as minissociedades drogadas e os anéis de corrupção”, como dizia **Wanderley Guilherme dos Santos** em texto seminal (cf. *As Razões da Desordem*, Rocco, 1993, p. 109).

E se a resposta institucional à explosão da violência for mais violência, sob a forma da intolerância e retaliação, como se viu após os ataques do PCC, a consequência é a indiferenciação entre os responsáveis pela ordem e aqueles que as afrontam e, por tabela, a ruptura do vínculo entre sistema de segurança, Justiça e direitos fundamentais. O que se tem aí é o que alguns manuais de sociologia chamam *anomia* e outros, de *estado da natureza*. ●

José Eduardo Faria

Professor titular da Faculdade de Direito da USP e membro do conselho editorial do *International Institute for Sociology of Law*

José Eduardo Faria



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.

Há duas direções distintas e complementares na construção da polícia democrática que desejamos. Uma é a refundação das estruturas policiais. Outra é a democratização das práticas policiais.

A refundação das estruturas policiais é tarefa para a sociedade brasileira: inclui desde a repactuação federativa até a redefinição dos turnos do trabalho policial. Temos competências, vivências e ciência para isto. As várias iniciativas brasileiras neste setor, ainda que pontuais e descontínuas, revelam alternativas. Aqui a questão é política: o reconhecimento de prioridades e a decisão do empenho de recursos. Isto pode exigir mais tempo que um mandato de quatro anos, quando então um governo deve começar, e outro, continuar: será preciso realizar diagnósticos substantivos, apreciá-los e, a partir deles, elaborar, debater e escolher o rumo de uma reforma policial que mereça estas maiúsculas.

Já a democratização das práticas policiais é algo que pode começar amanhã. Ela diz respeito à relação cotidiana entre cidadãos e policiais. Seu início está ao alcance de qualquer executivo de segurança pública num bairro, numa cidade ou num Estado sem que isto exija qualquer mudança na legislação criminal ou na Constituição.

O primeiro passo é fazer transparente o conteúdo da ação policial. É dizer: tornar públicos quais são os procedimentos policiais legais e legítimos. Ainda uma vez: sabermos todos o que é que os policiais, no cumprimento do seu dever, podem esperar e demandar de cada um de nós, e o que nós podemos esperar e demandar da nossa Polícia.

Para alguns, esse passo pode parecer óbvio, até desnecessário. Há com certeza muitos policiais e cidadãos que já tem para si um inventário de comportamentos policiais ou das maneiras de como lidar com eles. São acervos construídos pelo estudo ou em encontros felizes ou infelizes entre policiais e cidadãos. Mas esse saber não é compartilhado, não está disponível para todos.

Se o assunto dos procedimentos policiais surgir numa roda de cidadãos ou de policiais, as chances de consenso são poucas. É mais provável que se tenha uma espécie de Babel interativa em que cada um enuncia visões e expectativas tão incompatíveis que soam como idiomas distintos. Mesmo atos elementares ficam entregues a práticas idiossincráticas e cambiantes. “Tudo pode acontecer”: talvez seja esse o consenso sobre procedimentos policiais e respostas de cidadãos à Polícia no Brasil.

A falta de transparência dos procedimentos policiais gera suspeita e desconfiança de parte a parte, muitas vezes por

desconhecimento de coisas que são óbvias para um dos lados, mas não para o outro. Abre-se com isso a porta para todo tipo de acidentes e incidentes entre policiais e cidadãos. Como resultado, a Polícia tende a evitar o cidadão, o cidadão a Polícia, um fugindo do outro porque nenhum dos dois sabe o que esperar ou tem segurança sobre o que fazer. Vê-se aqui um tipo de cumulidade às avessas. É mais prudente para o policial chegar depois de um fato ocorrido, como é mais prudente para o cidadão só chamar a Polícia depois que tudo o mais já foi tentado. Este estado de coisas vai minando a confiança pública na Polícia, que é o requisito indispensável para o provimento da segurança pública democrática. E essa é a receita para o abandono da polícia pela sociedade.

Há quem afirme que divulgar os procedimentos policiais é um erro, e que tornar a ação policial transparente e previsível enfraqueceria a Polícia. Se isso fosse verdade, seria um forte argumento contra a transparência. Mas não é o caso. A questão é precisamente a previsibilidade: aderindo ou não aos procedimentos, os cidadãos sabem o que esperar da polícia. A polícia é mais obedecida quando seus procedimentos são transparentes. Mais ainda, os policiais sabem o que esperar de outros policiais. Assim, a transparência dos procedimentos policiais é um fator de força e não de fraqueza da Polícia: está no centro de sua credibilidade e é a raiz de sua superioridade de método. O sigilo prejudica a maior parte das atividades policiais. Há necessidade de sigilo em algumas destas atividades: inteligência, investigação criminal, operações específicas. Mas, para a maioria das ações policiais, sejam elas de natureza preventiva, repressiva, investigativa ou assistencial, o sigilo é contraproducente. Só a transparência pode mobilizar a colaboração responsável dos cidadãos, que é crucial em todas estas outras atividades.

Só se pode explicar o apego a um sigilo abrangente sobre como a Polícia atua como um fóssil do período autoritário. Essa renitência quer que os procedimentos policiais sejam um segredo intracorporativo e serve mais como proteção a amadorismos e desvios de conduta do que para garantir a segurança ou o bom desempenho dos policiais em seu trabalho.

A transparência dos procedimentos policiais é, portanto, o primeiro passo essencial para a democratização das práticas policiais. Faz com que policiais e cidadãos sintam-se seguros em suas ações nas diversas situações em que se encontram, desde a prosaica retirada do gato da árvore até o desconforto de uma revista pessoal. Estabelece os termos mais corretos para quaisquer esforços de controle

e participação social. Serve de base tecnicamente correta para a responsabilização policial. Estrutura os termos do profissionalismo policial. Educa a polícia e a sociedade para o relacionamento democrático em prol da segurança pública. Compartilhar o que são as regras do jogo na interação entre cidadãos e policiais serve a todos, reduzindo o risco de abuso da e do desacato à autoridade policial.

Jogar o jogo democrático da segurança pública demanda que todos os envolvidos conheçam e apreciem as regras do jogo. Aqui a questão é compreender o que é e o que não é admissível na ação policial. Não é diferente do futebol: é impossível jogar, assistir ou apreciar uma partida sem que se saibam quais são as regras que movem os jogadores. É impossível produzir, ter ou avaliar a segurança pública democrática sem que se saibam quais são os procedimentos policiais. E isto não é um detalhe, um benefício a mais: é a base da confiança pública na Polícia e do profissionalismo policial no Estado de Direito.

Isso exige uma passagem da Babel de expectativas e vivências para a clareza do conteúdo e da forma destes procedimentos. Trata-se de traduzir o “policialês” em “cidadanês”, tornar inteligível o que são os comportamentos esperados de policiais e cidadãos. E exatamente nisso, na simples clareza de parte a parte, reside o potencial de uma mudança substantiva no relacionamento entre a polícia e os cidadãos.

O início deste processo está inequivocamente nas mãos dos executivos policiais. Pode começar com um(a) governador(a) de Estado, um(a) secretário(a) de Segurança Pública, um(a) chefe de Polícia ou comandante-geral, um(a) delegada ou um(a) comandante de grande unidade, um(a) chefe de turno ou um(a) comandante de unidade policial. Pode ser tão simples quanto clarificar o que sejam os procedimentos a serem seguidos e divulgá-los. Este início precisa, então, encontrar eco na sociedade. Este eco pode estar nos representantes políticos, nos órgãos da sociedade civil, na mídia, nas escolas, nos locais de trabalho, nos condomínios. A materialidade do processo de divulgação pública dos procedimentos policiais está aberta a todos os atores, todas as técnicas, toda organização e todo voluntarismo, como qualquer outra questão de conscientização e ação social. E pode começar amanhã. ●

Jacqueline Muniz

Professora do Mestrado em Direito da UCAM e coordenadora de Segurança, Justiça e Direitos Humanos do Estado do Rio de Janeiro

Domício Proença Júnior

Professor da Coppe/UFRJ

MAIS DO MESMO

Martina Elizabete Lessa Pio dos Santos

Mais uma onda de violência e mais uma vez o Direito Penal é utilizado como o remédio milagroso capaz de salvar toda a sociedade. Como de costume, ante a crítica situação enfrentada por São Paulo no fim de semana do Dia das Mães, as autoridades recorreram ao “pampenalismo”⁽¹⁾, e o que se vê é a proliferação de discursos pregando o recrudescimento penal, única forma apresentada como solucionadora da questão da violência.

Instaurado o clima de pânico na população, o procedimento é sempre o mesmo. Primeiro, reduz-se a idéia de violência a apenas um de seus expoentes — a criminalidade⁽²⁾ — colocando toda a responsabilidade da resolução da questão da violência no Direito Penal. Feito isso, passa-se para a segunda etapa: Congresso Nacional priorizando a votação de leis que versem sobre segurança pública, levando a rápida edição de leis penais severas.

Trata-se do Direito Penal Plebiscitário⁽³⁾, editar leis seguindo o clamor popular é a forma mais fácil de resolver o problema da violência e um dos melhores caminhos rumo ao próximo mandato.

A criminalidade exposta pelos meios de comunicação em massa amplia o desgaste político do governo com relação à sociedade. Em consequência, a adoção do modelo repressivo vem como a tábua de salvação dos políticos, que precisam apenas de uma caneta para resolver a questão, recuperando, em grande estilo, o prestígio político inicialmente abalado. Além do que, permite-se saciar os reclames populares punitivos sedentos de vingança.

Assim, o Direito Penal é utilizado de modo falacioso, visando tranquilizar a amedrontada população, com a ilusão de problema sendo resolvido, e acobertando a ausência de políticas públicas sociais. Enquanto isso a violência continua, pois, crendo nesta ilusão, a população não busca, não cobra das autoridades, e nem aceita outras formas de solução do problema que tentam adequar o combate à violência e à criminalidade aos direitos e garantias fundamentais.

Não passa de um “Direito Penal para inglês ver repleto de simbolismo ameaçador”⁽⁴⁾, cujo conteúdo é “tal qual fast food, agradam à vista, são fáceis de encontrar e de consumir, mas pouco ricos em termos alimentícios”⁽⁵⁾.

Apesar de coadunar-se com o sentimento geral de indignação, como bem ressaltou Francisco de Assis Toledo, “em grave equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver o problema da criminalidade crescente. Esta concepção do Direito Penal é falsa porque o toma como uma espécie de panacéia que logo se revela inútil diante do incremento desconcertante das cifras da estatística criminal, apesar do delírio legiferante

de nossos dias. Não percebem os que pretendem combater o crime com a só edição de leis que desconsideram o fenômeno criminal como efeito de muitas causas e penetram em um círculo vicioso invencível, no qual a própria lei penal passa, freqüentemente, a operar ou como fator criminógeno ou como intolerável meio de opressão”⁽⁶⁾.

A assertiva acima transcrita data de 1986, exatos vinte anos. Se há, pelo menos, vinte anos vem sendo empregada a política repressiva calcada na proliferação de leis penais cada vez mais severas e, como resultado, tem-se guerra nas favelas cariocas e vandalismo nas ruas e rebeliões nos presídios paulistas, qual a eficácia desta medida? O crescimento da criminalidade não comprova a deficiência deste tipo de política criminal, revelando sua ineficiência ao não solucionar os problemas a que se propõe? Quantos anos mais — repletos de ônibus incendiados, agências bancárias metralhadas, policiais assassinados, comércio fechado, civis inocentes vítimas de balas perdidas, rebeliões em presídios, massacres do Carandiru, chacinhas da Candelária... — serão necessários para chegar-se a conclusão de que a repressão legislativa não foi insuficiente, mas é, sim, ineficiente? ●

Notas

- (1) Expressão empregada por Alberto Zacharias Toron para se referir a utilização do Direito Penal como “panacéia para todos os males” (TORON, Alberto Zacharias. “Prevenção e retribuição na lei dos crimes hediondos”. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). *Justiça Penal: Crimes Hediondos, Erro em Direito Penal, Juizados Especiais*, São Paulo: RT, 1993, p. 90).
- (2) Ocorre que violência não é sinônimo de criminalidade, esta é somente um dos aspectos daquela. Afirma Alberto Silva Franco, “se tomarmos como ponto de referência a realidade brasileira, violência não é apenas e exclusivamente os fatos criminosos. Violência é a terrível faixa de exclusão social a que está condenada grande parte da população, é a concentração de riqueza em poder de um número reduzido de pessoas, é a fome, é a miséria, é o salário aquém das necessidades básicas da pessoa, é o latifúndio improdutivo, é o trabalho forçado do menor, é a prostituição infantil, é o alto índice de acidentes de trabalho, é o desemprego estrutural, é o privilégio das corporações, é a carência de adequadas políticas públicas na esfera social, é o uso manipulador dos meios de comunicação social” (FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos: Anotações à Lei 8.072/90*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 79).
- (3) Expressão utilizada por Luiz Guilherme Mendes de Paiva ao referir-se ao fato de que “desde a redemocratização as leis penais são alteradas e remendadas na esteira de grandes comoveções populares” (PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. “A voz do povo”, *Boletim IBCCRIM*, a. 12, nº 139, 2004, p. 16).
- (4) CORRÊA, Diego Ayres. “Os meios de comunicação de massa e sua influência no desenvolvimento da histeria punitiva e na ampliação da repressão penal”, *Revista de Estudos Criminais*, a. 1, nº 3, 2001, p. 104.
- (5) ILANUD. Pesquisa crime e TV. *Revista do Ilanud*, nº 13, 2001, p. 60.
- (6) TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 5.

Martina Elizabete Lessa Pio dos Santos
Advogada



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

O Código de Processo Penal brasileiro remonta aos idos de 1941, editado em pleno período do *Estado Novo*, concebido dentro de uma lógica autoritária e inspirado no modelo fascista italiano colide com os princípios consagrados do Estado Democrático de Direito fixados na Constituição de 1988. Por essa razão, hodiernamente, muitos dispositivos do Diploma Processual merecem uma releitura diante dos princípios estabelecidos pela Constituição Cidadã.⁽¹⁾

O *Estado Novo* foi implantado em 10 de novembro de 1937, mediante uma nova Carta outorgada por Getúlio Vargas, criando uma nova ordem constitucional. Lembra **José Afonso da Silva** que Vargas fundamentou o golpe deitando proclamação ao povo brasileiro, onde disse entre outras coisas: “Por outro lado, as novas formações partidárias, surgidas em todo mundo, por sua própria natureza refratária aos processos democráticos, oferecem perigo imediato para as instituições, exigindo, de maneira urgente e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central”. Assim se implantou a nova ordem denominada *Estado Novo*. Prometeu plebiscito para aprová-lo, mas nunca o convocou. Instituiu-se pura e simplesmente a ditadura.⁽²⁾

Nesse de período exceção, regido sob a Constituição de 1937 de inspiração fascista, foi lançado ao mundo jurídico, mediante decreto-lei presidencial o Código de Processo Penal.

O Diploma Processual Penal foi um retrato da influência autoritária do período, conforme observa **Julio B.J. Maier**, citado por **Delmanto Júnior**, “o processo penal pode ser visto como termômetro dos elementos democráticos e autoritários de uma nação”.⁽³⁾

Todavia, com o fim da 2ª Guerra Mundial e a vitória dos Aliados, o fascismo no Brasil se tornava uma excrescência e logo começaram os movimentos de redemocratização do país, culminado na Carta de 1988 e na concepção do Estado Democrático de Direito.

Por não mais vivermos o clima de 1941, a Constituição Federal em vigor entra em choque com o Diploma Processual. Bem lembra **Jacinto N. Miranda Coutinho** que “o processo penal, sufocado por uma legislação fascista (copiada na maior parte do Código de Rocco de 1930) e cientificamente cega, acaba por receber uma vestimenta (sistemática) costurada para um senhor mais rico, alto, velho e obeso. Entrou, desse modo, mas não serviu. Deixou à mostra pontos cruciais que não são sanados, cobertos, tão-somente com uma nova legislação, um novo traçado. No fundo, o espírito faz parte da vestimenta e deve mudar junto, sob pena da alteração ser

aparente e as falhas, em elementos essenciais, continuarem as mesmas”.⁽⁴⁾

Por tais motivos, muitos de seus dispositivos merecem uma releitura diante dos princípios consagrados na nova ordem constitucional. Dentre eles, merece análise detida o art. 156 do Código de Processo Penal por conter em seu texto forte resquício inquisitório, que se expressa pela faculdade do juiz “no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (segunda parte).

O art. 156, primeira parte, deixa às partes o *onus probandi*, eis que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, mas em seguida desmente-se na sua segunda parte ao prescrever que “o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

A principal característica do sistema inquisitório é concentração do poder nas mãos do órgão julgador, ou seja, nesse sistema o juiz detém a gestão da prova. O acusado é mero objeto de investigação com o fim de solucionar “dúvida sobre ponto relevante”, conste ou não na acusação.

Por outro lado, no sistema acusatório a gestão da prova não está nas mãos dos juízes, mas está nas mãos das partes. O juiz aplicará o direito ao caso concreto com base exclusivamente nas provas apresentadas pelas partes.

A Carta Magna de 1988 assegura o sistema acusatório no processo penal, garantindo a tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV); o devido processo legal (art. 5º, LIV), o acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), o juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), o tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e inc. I), a ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), a publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII).⁽⁵⁾

Ressalta **Jacinto N. Miranda Coutinho** ao afirmar que o todos os sistemas processuais modernos são mistos, inclusive o sistema processual brasileiro: “(...) Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. É o caso, por exemplo, do processo comportar a existência de partes, o que para muitos, entre nós, faz o sistema tornar-se acusatório. No entanto, o argumento não é feliz, o que se percebe por uma breve avaliação histórica: quicá o maior monumento inquisitório fora da Igreja tenha sido as *Ordonnance Criminelle* (1670),

de Luis XIV, em França; mas mantinha um processo que comportava partes.”⁽⁶⁾

Para **Luiz Flávio Gomes**, a regra do art. 156 do CPP, é plenamente justificada pela própria “inquisitividade dirigida à apuração da verdade material” que marca o processo penal. Assim, cabe as partes a produção de provas mas se aos olhos do juiz restar dúvida relevante, cabe a ele determinar a complementação.⁽⁷⁾

Nesse passo, faz-se mister buscar uma interpretação razoável e conforme a Constituição, não podendo subsistir qualquer elemento inquisitivo no sistema processual brasileiro.

Tal como ensina **Konrad Hesse**: “...a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm).”⁽⁸⁾ Busca-se extrair, no máximo possível, a vontade do legislador constituinte, vez que as normas infraconstitucionais possuem presunção de constitucionalidade. Porém, em último caso, se isso não for possível (se a incompatibilidade for insuperável) deve ser declarada a inconstitucionalidade da norma.

A regra inserta na segunda parte do art. 156 do Código de Processo Penal deve ser interpretada conforme os ditames da Constituição Federal, em consonância com o devido processo legal (art. 5º, LIV), com o princípio da não-culpabilidade (art. 5º, LVII), com a transferência do ônus da prova para a acusação (art. 129, I), para que seja extirpado do sistema processual brasileiro o resquício inquisitivo semeado em pleno *Estado Novo*.

Em face de tais dispositivos constitucionais, verifica-se que a faculdade do julgador de determinar de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante não encontra razão de ser, fere o princípio do devido processo legal. Pois, constitucionalmente a acusação penal é reservada ao Ministério Público, não sendo razoável à luz da constituição permitir que alguém que não é parte na relação jurídica determine de ofício diligências para formar sua convicção, ou seja, a Carta Magna veda a qualquer outrem que não seja o Ministério Público o poder de iniciar a ação penal, não possuindo, portanto, essa titularidade os agentes administrativos, as autoridades policiais, bem como os magistrados.

A filtragem constitucional imposta pelo princípio da razoabilidade garante a imparcialidade do juiz e conformidade com o sistema processual garantidor. Nesse sentido, destaca **Paulo Rangel** que

“se o Ministério Público não lograr êxito em provar a acusação que fez em sua peça exordial, o resultado do processo não pode ser outro que não a absolvição do réu”.⁽⁹⁾

Por conta da transferência do ônus da prova para a acusação (art.129, I) é que se mantém íntegro o postulado *nullum iudicium sine accusatione*, expressão de salvaguarda da liberdade individual do cidadão. A persecução penal, pelos princípios consagrados na Constituição Federal, passa a ser uma atividade estatal juridicamente vinculada, regida por normas que se traduzem em limitações ao poder de punir do Estado. É criado um círculo de proteção em torno da pessoa do acusado, que não se presume culpado, até que sobrevenha irreversível sentença condenatória, dessa forma, cabe ao órgão acusador o ônus integral da prova.

A separação de funções no processo penal acusatório faz com que o Ministério Público tenha a existência do fato criminoso e sua autoria, bem como todos os elementos subjetivos do crime, dolo e culpa, e as circunstâncias que causam aumento de pena, qualificadoras e agravantes. Por sua vez, ao acusado cabe provar as causas excludentes da antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, assim como as atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais. De modo que, enquanto não houver sentença condenatória transitada em julgado, o réu não poderá ser considerado culpado, não sendo mais lícito ao Estado exigir do réu a comprovação de sua inocência.

Portanto, de maneira alguma se permite ao juiz proceder de ofício por violar a garantia da separação de funções. O sistema acusatório ao estabelecer a separa-

ção de funções, atribuindo as funções de investigar, acusar, defender e julgar a órgãos diversos, procurou, dentre outras coisas, passar a gestão da prova para as partes, terminando com a colheita de provas pelo magistrado, mantendo-se intacta sua imparcialidade.

Nessa esteira, destaca **Luigi Ferrajoli**: “La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terziété*) del juez respecto a las partes de la causa, que, se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio.”⁽¹⁰⁾

Em derradeiro, qualquer exceção a regra da separação de funções implica a inconstitucionalidade por ferir direitos inafastáveis do réu, que antes de ser acusado é um cidadão. A Constituição Federal ao garantir a presunção de não-culpabilidade (art. 5º, LVII), a transferência do ônus da prova para a acusação (art. 129, I), proíbe ao juiz, que não é parte na relação jurídica, que determine de ofício diligências para formar sua convicção. Essa herança inquisitiva no sistema acusatório traduz-se em vergonhoso excesso, e, por afrontar o princípio da razoabilidade (devido processo substancial), há que se entender como não escrita, por não ter sido recepcionada pela Carta Política de 1988. ●

Referência Bibliográfica

_____. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, tradução de **Luiz Flávio Gomes**, Fauzi Hassan Choukr, Juarez

Estevam Xavier Tavares e Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Notas

- (1) Expressão utilizada por **Ulisses Guimarães** ao se referir a Carta Política de 1988.
- (2) **SILVA, José Afonso da**. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23ª ed., revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003), São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 82-83.
- (3) **DELMANTO JÚNIOR, Roberto**. “Desconsideração previa de culpabilidade e presunção de inocência”. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, nº 70/Ed.esp., set. 1998, pp. 18-19.
- (4) **COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda**. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, 3ª ed., Curitiba: Juruá, 1998, p. 122.
- (5) Cf. **FERNANDO CAPEZ**. *Curso de Processo Penal*, 12ª ed., rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 40-41.
- (6) **COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda**. “Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro”, disponível em: <http://www.direitodeliberdade.com.br/introducao.doc>. Acesso em: 10/01/2006, p. 7.
- (7) **GOMES, Luiz Flávio**. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 235.
- (8) **HESSE, Konrad**. *A Força Normativa da Constituição*, tradução de **Gilmar Ferreira Mendes**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 22.
- (9) **RANGEL, Paulo**. “O juiz garantista”, disponível em: http://www.direitodeliberdade.com.br/juiz_garantista.doc. Acesso em: 10/01/2006.
- (10) **FERRAJOLI, Luigi**. *Derecho y Razón*, 5ª ed., Madrid: Trotta, 2001, p. 567.

André Luís Callegaro Nunes Gomes
Advogado

JORNADA DE ATUALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Dias 03 e 04 de agosto de 2006

Local: Auditório do Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano - Recife - Pernambuco

Realização: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE

Participação: Escola Superior do Ministério Público de Pernambuco e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM

Inscrições e Informações: www.esmape.com.br, tel.: (81) 3224-0086 - Departamento Cerimonial - ESMAPE

03 de agosto de 2006 – Quinta-feira

09:00 – Conferência de Abertura – Min. **Hamilton Carvalhido (STJ)** - Tema: *Jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a Progressão de Regime nos Crimes Hediondos*

10:50 – Dr. **Cláudio Brandão (PE)** - Tema: *Culpabilidade e Interpretação no Direito Penal*

13:30 – Juiz de Direito **Adeildo Nunes (TJ/PE)**

- Tema: *As Fações Criminosas e seus Desafios para a Execução Penal*

14:30 – Des. **Marco Antônio Rodrigues Nahum (TJ/SP)**

- Tema: *Princípios Constitucionais e o Direito de Punir*

15:45 – Dr. **Aury Lopes Júnior (RS)** - Tema: *Instrumentalidade Constitucional do Processo Penal*

16:45 – Dr. **Renato Marcão (SP)**

- Tema: *Tóxicos e Atualidades no Campo Penal*

17:45 – Encerramento dos trabalhos do dia

04 de agosto de 2006 – Sexta-feira

09:00 – Ministro **Gilson Dipp (STJ)** - Tema: *Macrocriminalidade e os Instrumentos Legais para a sua Investigação, Persecução e Julgamento*

10:30 – Dr. **Sérgio Salomão Shecaira (SP)** - Tema: *Escolas Criminológicas do Consenso e do Conflito: A Teoria da Rotulação Social*

13:30 – Juiz de Direito **Flávio Fontes (TJ/PE)**

- Tema: *A expansão do Direito Penal*

14:30 – Dr. **Alberto Silva Franco (SP)** - Tema: *Lei dos Crimes Hediondos: Causas e Consequências*

15:45 – Dra. **Maria Thereza Assis Moura (SP)** - Tema: *Princípios Constitucionais na Execução Penal*

16:45 – Dr. **Alvino Augusto de Sá (SP)** - Tema: *Conceitos de Criminologia Clínica*

17:45 – 18:00 – Encerramento da Jornada

Palavra do Diretor da ESMAPE – Des. **Jones Figueirêdo Alves**

A CRISE EM SÃO PAULO

A RESPOSTA (DES)ESPERADA, A REITERAÇÃO DA DIALÉTICA DOS DISCURSOS AUTORITÁRIOS E GARANTISTAS E A NECESSÁRIA RESISTÊNCIA DOS OPERADORES DO DIREITO

Alexandre Costi Pandolfo e Marcelo Mayora

“O nosso erro é crer que inventamos, quando continuamos, ou simplesmente copiamos. Tanta gente pasma e vocifera diante de pecados, sem querer ver que outros iguais pecados se pecaram, e ainda outros se estão pecando, por várias outras terras pecadoras.”
(Machado de Assis, fevereiro de 1893)

Na segunda semana do mês de maio de 2006, o medo generalizado tomou conta da população paulista e brasileira após as investidas do Primeiro Comando da Capital em pontos estratégicos da cidade de São Paulo. Diante da distorcida cobertura realizada pela imprensa, simplificada da complexidade e representante do senso comum, a classe política brasileira, incluída nesse mesmo círculo, apresenta o “contra-ataque” com propostas que prometem reduzir a criminalidade através do recrudesimento da repressão penal, da imposição de penas cruéis e da minimização das garantias. Legitimadas por esse contexto, as propostas ganham força, e tão preocupante quanto a criminalidade é a resposta política a essa questão, que parece reintroduzir a crueldade e o arbítrio à resposta punitiva.

Diante de mais um construído “cenário do medo” cabe citar alguns projetos “desengavetados” que são vendidos como panacéia à questão da criminalidade: aumento do limite de cumprimento de penas privativas de liberdade para 40 anos; aumento dos prazos prescricionais; extinção da possibilidade da concessão de liberdade condicional aos condenados reincidentes; extensão da delação premiada ao condenado, que poderá ter sua pena reduzida se colaborar com a Justiça; revista dos advogados nos presídios; ampliação do RDD, fixando em 720 em dias (prorrogáveis) o isolamento do preso, que será vigiado por câmeras e poderá ter entrevistas com advogados somente uma vez por mês, sendo as conversas gravadas.

Tais medidas estão inseridas num contexto científico de resolução das mazelas humanas, próprio do discurso moderno de paraíso terreno, sempre irrealizável. Porém, o local de fala mais escutado não é propriamente o acadêmico, mas o midiático, de maneira que não é difícil perceber a veiculação de “soluções contra o terror” capituladas neste âmbito que é medíocre etimologicamente. Contudo, o fator mais preocupante não é propriamen-

te este, mas sim a aspiração totalitária do próprio Direito Penal e a vontade de vê-lo como remédio para todos os males. Pior do que a sociedade crer na lei e no Direito (Penal) como solução (única) para os problemas humanos é o próprio Direito (Penal) acreditar nisso.

São evidentes as graves violações aos direitos e garantias constitucionais que ocorrerão em caso de aprovação e de aplicação concreta das referidas propostas. Contudo, o que se deve demonstrar é que a resposta (des)esperada dos legisladores, sustentadas por uma lógica autoritária que decorre da produção de emergências, é uma constante na história punitiva. Conforme **Eugenio Raúl Zaffaroni**, “pode-se afirmar que a história do poder punitivo é a das emergências invocadas em seu curso, que sempre são sérios problemas sociais. (...) o poder punitivo pretendeu resolver o problema do mal cósmico (bruxaria), da heresia, da prostituição, do alcoolismo, da sífilis, do aborto, da rebelião, do anarquismo, do comunismo, da dependência de tóxicos, da destruição ecológica, da economia informal, da especulação, da ameaça nuclear etc. Cada um desses conflitivos problemas dissolven-se, foi resolvido por outros meios ou não foi resolvido por ninguém, mas nenhum deles foi solucionado pelo poder punitivo. Entretanto, todos suscitaram emergências em que nasceram ou ressuscitaram as mesmas instituições repressoras para as quais em cada onda emergente se apelara, e que não variam desde o século XII até a presente data”⁽¹⁾. Desta forma, diante da falência do sistema prisional e do alto grau de organização demonstrado pelo Primeiro Comando da Capital, não poderia ser outra a consequência: revitalização do discurso autoritário, pretendendo-se novamente a solução repressiva.

Desde essa perspectiva, é possível notar que o poder punitivo invoca emergências para declarar sua importância solucionadora. Daí dizer que vivemos oitocentos anos de emergências, mesmo que nenhuma delas tenha sido resolvida pelo poder punitivo⁽²⁾. Trata-se de um modelo autoritário integrado de criminologia etiológica e Direito Penal, “en tanto que la criminología explicaba el origen del mal, el Derecho Penal se ocupaba de cómo destruir el mal, cómo salvar a la humanidad, porque siempre el Derecho Penal autoritario invoca una emergencia. Esto obedece a que todo Derecho Penal autoritario toma una amenaza, la absolutiza, la magnifica y manifiesta que es necesario contenerla para que

no desaparezca el género humano, como si fuera un mal cósmico”⁽³⁾.

A análise do autor argentino evidencia a reiteração da estrutura dos discursos autoritários, mesmo que os discursos em si possuam suas peculiaridades. Trata-se de programa inquisitivo idêntico a todos os discursos: “esto es, pues, lo que sucede con el discurso autoritario, que mantiene siempre la misma estructura, que en cada nueva emergencia es vaciada de datos y alimentada con nuevos datos, pero sin alterar el programa originario”. Todavia, se a estrutura do discurso inquisitivo se mantém, ocorre o mesmo com a estrutura do discurso crítico, “o sea, también se mantiene una estructura originaria común a todas las críticas liberales el Derecho Penal autoritario”⁽⁴⁾. A tese que sustenta **Zaffaroni** é que “vivimos quinientos años encerrados entre la estructura del discurso penal autoritario, alternando desde hace cuatrocientos años con la del discurso garantista”⁽⁵⁾.

Os operadores do Direito, ao encerrarem-se na dogmática legitimante, que não incorpora ao horizonte de projeção do Direito Penal os dados das ciências sociais, contribuem para a manutenção desse círculo discursivo. Conforme **Saló de Carvalho**, “mantém-se o discurso punitivo numa espécie de ‘narcisismo infantil’ cuja onipotência incapacita a percepção dos seus próprios limites, inviabilizando uma relação madura com os outros ramos do saber”⁽⁶⁾. Na mesma passada **Zaffaroni** ressalta que “a quimera da solução neutraliza ou paralisa a busca de soluções reais e eficazes”⁽⁷⁾.

Parece claro que encontramos-nos em uma situação-limite. Diante desse quadro, a função dos juristas alcança uma condição essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito, seriamente ameaçado. A partir da defesa dos princípios constitucionais, cumpre assumir uma posição de resistência frente ao projeto repressivo-autoritário que se anuncia no porvir. Nesse sentido, “se estamos assistindo ao espetáculo do crescimento dos dispositivos penais; se no neoliberalismo o Estado Previdenciário se transforma no Estado Penal; se estamos assistindo ao encarceramento do que se auto-intitulou ‘mundo livre’, então estamos falando de uma trincheira muito importante para os embates pós-modernos: o direito e seus intelectuais”⁽⁸⁾. Trata-se de um imperativo ético, que decorre da necessidade de defender o valor da pessoa humana frente a um modelo neoliberal exclu-

Alexandre Costi Pandolfo e Marcelo Mayora

➔ dente, que pretende neutralizar e eliminar os “inúteis”, “não-consumidores”, através do sistema penal. Trata-se, enfim, de resistir ao genocídio, através do poder do discurso e do poder jurídico, mormente por meio do controle de constitucionalidade. Consoante **Zaffaroni**, “se em lugar de procurar soluções apela-se para a reiteração de um discurso que só traz tranqüilidade através de uma solução ilusória (porque baseia-se em uma falsa causa social), não só não se solucionará o problema como também acontecerá algo pior: a procura de soluções reais será desestimulada, porque o ilusório ocultará o urgente. A sobrevivência de boa parte da espécie humana depende de que certos problemas sejam resolvidos e, justamente por isso, não é admissível a criação de ilusões e a conseqüente venda publicitária do poder que sua elaboração suscita”⁽⁹⁾.

Do inevitável questionamento público a respeito de soluções imediatas para a crise, a resposta do jurista comprometido com os valores democráticos deve ser clara: nesse momento, de pânico generalizado, não é recomendável a elaboração e a aprovação de nenhuma lei penal. Finalizamos com **Baratta**, que, ao tratar do princípio da resposta não contingente⁽¹⁰⁾, salienta que “(...) los problemas que se debe enfrentar tienen que estar suficientemente decantados antes de poner en práctica una

respuesta penal. Ésta, por lo general, no puede contemplar situaciones atípicas o excepcionales. Los requisitos que caracterizan el Derecho moderno, es decir, la abstracción y la generalidad de la norma, no deberían ser jamás derogados por la ley penal. La experiencia de la legislación penal de emergencia (como es el caso de buena parte de la legislación antiterrorista) en Europa y su efecto negativo, al corromper la lógica de los códigos, debería proporcionar, en este sentido, una enseñanza válida para todo Estado de Derecho”⁽¹¹⁾. 

Notas

* As conclusões expressas neste artigo são fruto de pesquisa intitulada *Mal-Estar na Cultura Punitiva*, coordenada pelo professor **Salo de Carvalho**, realizada junto ao Mestrado em Ciências Criminais da PUC/RS, financiada pela CAPES e FAPERGS.

(1) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo.** *Direito Penal Brasileiro*. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 68.

(2) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** *Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Ediar, 2004, p. 28.

(3) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** *Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Ediar, 2004, p. 28.

(4) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl.** *Origen y Evolución del Discurso Crítico en el Derecho Penal*, p. 29 (ambas citações).

(5) *Idem, ibidem*, p. 32.

(6) **CARVALHO, Salo de.** “A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea)”, in **GAUER, Ruth** (org.). *A Qualidade do Tempo: Para Além das Aparências Históricas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 206.

(7) **ZAFFARONI, BATISTA.** Ob. Cit., p. 68.

(8) **MALAGUTI BATISTA, Vera.** “A funcionalidade dos processos de criminalização na gestão dos desequilíbrios gerados nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado”, in *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*, **KARAM, Maria Lúcia** (org.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 55.

(9) **ZAFFARONI, BATISTA.** Ob. Cit., p. 77.

(10) O princípio da resposta não contingente, conforme **Baratta**, é um princípio de limitação funcional, intra-sistemático, que serve para indicar os requisitos necessários para a elaboração de leis penais. Importante notar que este princípio se inscreve na linha de contenção à denominada administrativização do Direito Penal. **BARATTA, Alessandro.** *Criminologia y Sistema Penal – Compilación in Memoriam*. Buenos Aires: B de f, 2004, pp. 308/309.

(11) *Idem, ibidem*.

Alexandre Costi Pandolfo
Acadêmico do 4º ano da PUCRS,
bolsista PIBIC/CNPq

Marcelo Mayora
Acadêmico do 5º ano da PUCRS

RESPONSABILIDADE PENAL DOS AGENTES PÚBLICOS

Curso de extensão - Brasília (DF)

Dias: 7 a 10, 14 a 17 e 21 a 24 de agosto de 2006 - Horário: 19h00 às 22h00

Participação: **Cláudio Lemos Fontelles**, **Manuel Cancio Meliá** (Universidad Autónoma de Madrid), **André Luís Callegari** (Unisinos), **Marcelo Leonardo** (UFMG), **Lucas Rocha Furtado** (UnB) e **Maurício Zanóide de Moraes** (USP), **Gilberto de Passos Freitas**, **Luiz Régis Prado** (Univ. Estadual de Maringá), **Suzana de Camargo Gomes**, **José Antonio Paganella Boschi** (PUC/RS) e **Gianpaolo Poggio Smanio** (Mackenzie).

Temas Abordados:

- Crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral (arts. 312 a 327 do Código Penal)
 - Crimes de responsabilidade fiscal (arts. 359-A a 359-H do Código Penal)
- Crimes de responsabilidade e respectivo processo de julgamento (Lei nº 1.079/50)
 - Crimes eleitorais (Lei nº 4.737/65)
 - Abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65)
 - Responsabilidade penal dos prefeitos e vereadores (DL nº 201/67)
- Sanções penais aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional (Lei nº 8.429/92)
 - Crimes previstos na Lei nº 8.666/93 (Licitações e contratos administrativos)
 - Crimes de responsabilidade de magistrados (PL nº 687/99)
 - Crimes funcionais tributários (art. 3º da Lei nº 8.137/90)
 - Crimes contra a administração ambiental (arts. 66-69 da Lei nº 9.605/98)
- Crimes contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B a 337-D do Código Penal).

Promoção: Universidade de Brasília (UnB)

Coordenação: professor **Aldo de Campos Costa** - Faculdade de Direito da UnB

Apoio: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM

Carga horária: 36 horas-aula

Local: Faculdade de Tecnologia da UnB (Auditório DT 02/03)

Inscrições: A partir do dia 19 de junho de 2006, na Escola de Extensão da UnB, localizada no Prédio Multiuso I, bloco A, salas AT-23, AT-19 e AT-15, telefones: (61) 3347-1400, 3307-2884 / 1777, e-mail: exe@unb.br

Não há como a população, especialmente a paulistana, ficar indiferente aos intensos ataques realizados pela organização criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital) e pelas pessoas que aproveitaram do momento para disseminar ainda mais pânico na cidade, divulgando boatos pela *internet*. Isso demonstra a fragilidade dos grandes centros urbanos. Este fato nos reporta aos ataques realizados, nos Estados Unidos e Espanha, pelos terroristas integrantes da organização criminosa *Al Qaeda*. Há muitas outras organizações, tais como a máfia na Itália,

o Cartel de Medellín na Colômbia etc. A *internet*, a mídia e os aparelhos de telefonia celular estão sendo utilizados, eficientemente, pelos chefes da organização — quase todos presos — para estabelecer a comunicação entre seus integrantes do lado de fora da prisão. É certo ainda que muitos crimes são praticados por esses aparelhos de dentro das prisões. Além desses instrumentos de comunicação, seus integrantes utilizam-se da corrupção para comprar os serviços dos funcionários públicos (agentes penitenciários, carcereiros, policiais etc.), advogados e parentes de presos para colocar dentro das prisões drogas, armas e aparelhos celulares.

Por conta disso, toda organização deve ter uma fonte de renda para poder manter suas atividades ilícitas. Essa fonte é pulverizada entre várias pessoas — conhecidas por *testa de ferro* — que não possuem antecedentes e vivem às custas da organização, responsabilizando-se pela arrecadação e distribuição de valores pequenos para evitar serem descobertos pela polícia. Tal fato acaba dificultando ainda mais a atuação da polícia e do Ministério Público no combate ao crime organizado.

Abstraindo-se as raízes do crime, que também deve ser combatida, devemos, neste momento, encontrar mecanismos adequados para combater esses crimes com os recursos humanos e materiais existentes. Muitas soluções são apresentadas, dentre elas, a unificação da Polícia Militar e Civil, aumento do efetivo e do salário etc. Afinal, como podemos com-

bater o crime organizado? Devemos, antes de tudo, valorizar o policial militar que exerce, pela Constituição Federal, uma função ostensiva e preventiva. Não há, como vimos, uma articulação entre o comando e os soldados. Tanto é fato que a Associação dos Cabos e Soldados está propondo medida criminal contra o Secretário dos Estabelecimentos Penitenciários do Estado por não ter sido informado dos ataques prometidos pela facção criminosa, levando a baixa de muitos policiais e vários suspeitos.

Valorizar o policial é instruí-lo adequadamente, fornecendo-lhe cursos avançados de criminologia e de investigação contra o crime comum e organizado, realizando, nesse sentido, intercâmbio entre outros países que possuem uma polícia moderna e eficiente, ou seja, intercâmbio operacional para a troca de informação — inteligência, *modus operandi* etc.

Reestruturar a carreira policial e procurar incentivar seus integrantes a estudar, fornecendo-lhe, em contrapartida, aumento salarial. Hoje, o policial se restringe ao batalhão e a delegacia de polícia. Não há, como temos visto, incentivo por parte do Poder Público. Trata-se de um número dentro da Polícia Militar e Civil. Há a necessidade de se criar um sistema de inteligência eficiente entre as Polícias Militar, Civil e Federal. Uma não pode ficar na dependência da outra. Todas devem ter acesso imediato dessas informações para poder se articular e realizar o combate contra o crime organizado. A organização criminosa — ao que parece — está mais bem articulada do que o Poder Público.

Uma polícia moderna e bem informada terá melhores condições de prestar um serviço à altura de qualquer polícia de outro lugar do mundo. Não há necessidade de buscar referencial em outros países, pois eles tiveram problemas seme-

lhantes outrora até chegar ao estágio atual. Cada país possui suas próprias peculiaridades que muitas vezes não servem como modelo ao Brasil.

Nós devemos, dentro das peculiaridades de cada caso, procurar nos adiantar ao crime. Devemos nos posicionar em lugares estratégicos para nos antecipar ao crime. Não devemos, como vimos, apagar o fogo, quando o incêndio começa. Isso é competência dos bombeiros. A Polícia Civil e Militar tem sido utilizada para combater o fogo. Não é essa a função da polícia.

A Polícia Civil tem por finalidade colher as provas necessárias da materialidade e autoria do crime, numa fase pós-crime. Já a Polícia Militar tem por incumbência exercer, essencialmente, a polícia ostensiva, numa fase pré-crime. A criação de várias polícias na esfera federal, estadual e municipal, só facilitará o crime, pois a falta de articulação e coordenação dependerá sempre da aquiescência de seus governantes, os quais, muitas das vezes, pertencem a partidos diversos.

Enquanto não tivermos um comando geral e articulado entre as diversas polícias, uma corregedoria eficiente e rápida para punir os maus policiais e uma carreira atrativa, estaremos sempre atrás do crime organizado.

Enquanto não tivermos um comando geral e articulado entre as diversas polícias, uma corregedoria eficiente e rápida para punir os maus policiais e uma carreira atrativa, estaremos sempre atrás do crime organizado.

do crime organizado. Este momento deverá servir para refletir sobre a questão da segurança. Vivenciamos um momento de verdadeira guerra e, neste momento de insegurança, não se pode falar

em excesso, pois todos ficamos absolutamente tensos sem saber o que estava acontecendo, evitando permanecer na rua. Se isso aconteceu com o cidadão comum, imagine o policial chamado para se colocar na linha de frente para nos proteger. Não basta a criação de medidas de emergência para tentar apagar o fogo. É necessária a elaboração de uma lei de segurança pública nacional que contemple todas as questões relacionadas à valorização do policial. O resto é demagogia. 

Luís Paulo Sirvinskas

Promotor de Justiça Criminal em São Paulo, doutor em Direito Ambiental e mestre em Direito Penal pela PUC/SP

A DESPROPORCIONALIDADE DA PENA MÍNIMA COMINADA AO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR FACE À AMPLITUDE DE CONDUTAS ABRANGIDAS PELO TIPO

Domingos Barroso da Costa e Fábio Rocha de Oliveira

A DESPROPORCIONALIDADE DA PENA MÍNIMA COMINADA AO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR FACE...

Desde a promulgação da Lei nº 8.072, em 25 de julho de 1990, doutrina e jurisprudência pátrias vêm se mostrando, de um modo geral, omissas no que tange a uma questão extremamente relevante: a elevação promovida pelo legislador na pena fixada em abstrato para o delito de atentado violento ao pudor em sua modalidade simples, equiparando-a à sanção imposta ao crime de estupro, qual seja, seis a dez anos de reclusão.

A importância da *questio iuris* se avulta pelas suas implicações práticas no julgamento dos acusados pela imputação do art. 214 do Código Penal, colocando o magistrado em situação delicada ao reconhecer a existência do injusto penal e sua autoria, pois poderia se ver obrigado a aplicar reprimenda desarrazoada às especificidades do caso concreto⁽¹⁾. Assim, o debate aqui proposto nos parece significativamente pertinente aos operadores do Direito na seara penal, merecendo uma devida ponderação de seus aspectos centrais.

Para melhor compreender tal problema, insta salientar que o Estatuto Penal Substantivo, balizado por critérios que hoje se mostram ultrapassados e visando coibir a prática forçada de atos libidinosos, previu, em seu art. 213, a conduta do estupro, que se restringe ao ato de constranger mulher, mediante violência ou grave ameaça, à prática do coito vaginal. Já no art. 214, numa espécie de prescrição residual, definiu como penalmente relevante a conduta de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

Conforme se verifica, tal divisão traz consigo algumas circunstâncias peculiares e complicadoras. Primeiramente, trata-se de diferenciação desnecessária, vez que o coito vaginal também é ato libidinoso. Logo, bastaria a menção a uma norma incriminadora única, com limites sancionatórios mais elásticos, na qual se prescrevesse a proibição do constrangimento de alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato libidinoso.

Em segundo lugar, observa-se, ao lado de um tipo totalmente restritivo (art. 213), a existência de outro demasiadamente “aberto” (art. 214), na medida em que dá ampla discricionariedade a promotores e magistrados, os quais não encontram limites jurídicos definidos para classificar como “ato libidinoso” uma conduta qualquer, o que acaba por direcionar as diversas inter-

pretações de um contexto fático com lastro em conceitos eminentemente morais.

Todavia, este nem seria o maior problema, não fosse o elevado patamar em que foi estabelecida a pena mínima cominada ao delito de atentado violento ao pudor. A ampla possibilidade de condutas passíveis de subsunção ao modelo previsto no tipo traz à tona a desproporcionalidade da sanção mínima fixada aos condenados pela prática em comento, engessando juizes e tribunais no que concerne à individualização da reprimenda a partir da lesividade da ação apurada. Assim, abre-se espaço para construções jurídicas teratológicas, em que se iguala um indivíduo que constrangeu outrem à prática de coito anal àquele que deu um beijo considerado lascivo na boca de uma criança, podendo este, inclusive, receber uma apenação maior que o primeiro.

Já no século XVIII, o precursor dos princípios que regem o Direito Penal Moderno, **Marquês de Beccaria**, chamava a atenção para a necessidade de se observar a proporcionalidade entre a pena a ser aplicada e o grau de lesividade da conduta perpetrada. Neste sentido, formulou a seguinte assertiva:

“A fim de que o castigo surta o efeito que se deve esperar dele, basta que o mal causado vá além do bem que o culpado retirou do crime. Devem ser contados ainda como parte do castigo os terrores que antecedem a execução e a perda das vantagens que o delito devia produzir. Qualquer excesso de severidade torna-a supérflua e, portanto, tirânica” (grifos nossos)⁽²⁾.

Como cediço, um dos momentos de aplicação do princípio da proporcionalidade é o do estabelecimento das penas previstas em abstrato para a prática de determinada conduta criminosa. Neste ponto se situa o cerne da questão aqui ventilada. Vejamos a lição do renomado **Rogério Greco**, que se amolda com perfeição ao exame analítico da pena aplicável ao crime de atentado violento ao pudor:

“Prima facie, deverá o legislador ponderar a importância do bem jurídico atacado pelo comportamento do agente para, em um raciocínio seguinte, tentar encontrar a pena que possua efeito dissuasório, isto é, que seja capaz de inibir a prática daquela conduta ofensiva. Após o raciocínio correspondente à importância do bem jurídico-penal, que deverá merecer a proteção por meio de uma pena que, mesmo imperfeita, seja a mais proporcional possível, no sentido de dissuadir

aqueles que pretendem violar o ordenamento jurídico com ataques aos bens por ele protegidos, o legislador deverá proceder a um estudo comparativo entre as figuras típicas, para que, mais uma vez, seja realizado o raciocínio da proporcionalidade sob um enfoque de comparação entre diversos tipos que protegem bens jurídicos diferentes.”⁽³⁾

Após tais considerações, quando se procede ao cotejo com os patamares de reprimenda prescritos para outras práticas tipificadas pela legislação penal brasileira, fácil de se concluir que jamais se poderia estabelecer uma pena mínima de seis anos de reclusão a um tipo como o previsto no art. 214 do Código Penal, que encerra em seu bojo uma variedade inominada e ilimitada de condutas, com diferentes graus de lesividade.

Além de ferir o princípio da proporcionalidade, esse dispositivo viola o princípio da isonomia, pois, a partir da previsão de uma pena mínima extremamente gravosa, iguala indivíduos que muitas vezes se encontram em situações distintas, dificultando sobremaneira a efetivação de um julgamento justo. Afinal, é inegável que um toque forçado nas partes íntimas seja um ato libidinoso passível de punição, mas se faz descabido igualar esta conduta à do indivíduo que força outrem a com ele praticar a felação, infligindo a ambos uma pena mínima de seis anos de reclusão.

Situações como as hipoteticamente expostas são colocadas diariamente àqueles que lidam nas hostes penais e, como se pode observar, a efetivação da justiça no caso concreto restou em muito dificultada pelo legislador, que estabeleceu uma reprimenda mínima flagrantemente desarrazoada, sem perscrutar a amplitude da possibilidade de condutas que poderiam ser subsumidas ao modelo previsto no art. 214 do Código Penal.

Ademais, diversos outros fatores podem incrementar a possibilidade e o grau de injustiça de uma condenação por incursão no delito de atentado violento ao pudor. Nossos tribunais, majoritariamente, têm considerado tal crime como hediondo (qualquer que seja sua modalidade, ou seja, simples ou qualificado, mediante violência real ou presumida), o que traz relevantes reflexos sobre os institutos da liberdade provisória, livramento condicional e substituição de pena. Some-se a isto as dificuldades práticas para a apuração da verdade real de tais ações delitivas (o que majora a chance de erro do

Domingos Barroso da Costa e Fábio Rocha de Oliveira

→ julgador), vez que as mesmas são comumente marcadas pela clandestinidade e ausência de vestígios, razão pela qual se confere especial força probante à palavra da vítima, a qual, em oposição à versão do acusado, pode determinar uma condenação.

A par destas constatações, resta necessário o apontamento de soluções viáveis para arrefecer as desproporções acima apontadas, principalmente nas hipóteses em que a conduta delituosa, conquanto típica, não se equipara, em termos de lesividade, às mais graves abarcadas pelo tipo.

Sem dúvida, o ideal seria a redução, pelo Poder Legislativo, da pena mínima cominada ao delito do art. 214 do Código Penal. Como não se pode esperar por isto, alguns magistrados têm optado pela absolvição, aplicando o princípio da insignificância para os casos em que a conduta, ainda que destinada à satisfação forçosa da libido, não represente agressão à liberdade sexual compatível com aquela indicada pela pena mínima de seis anos de reclusão. Outros juízes e tribunais valem-se da alternativa de desclassificação da imputação do art. 214 do Código Penal para as contravenções penais de importunação ofensiva ao pudor ou perturbação de tranqüilidade, conforme o caso (na Corte Jurisdicional Mineira, há numerosos feitos neste sentido⁽⁴⁾).

Impende frisar, entretanto, outra medida, que não se vincula exclusivamente ao exame probatório do caso concreto, mas se mostra aplicável *erga omnes* e, por tal razão, mais vantajosa: a consideração da inconstitucionalidade parcial do art. 6º da Lei nº 8.072/90, que, ao igualar as penas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, feriu os princípios da proporcionalidade, isonomia, individualização da pena, lesividade e, reflexamente, até mesmo da dignidade da pessoa humana, todos com substrato implícito ou expresso na Carta Política de 1988.

Tal exercício hermenêutico viabilizaria o retorno aos patamares sancionatórios do art. 214 do CP anteriores à malsinada Lei de Crimes Hediondos, qual seja, dois a sete anos de reclusão. Assim, para atos libidinosos considerados menos graves, incidiria uma pena mais condizente com a reprovabilidade da conduta apurada, enquanto, para aqueles mais censuráveis (como a felação e o coito anal), poder-se-ia fixar uma pena mais próxima àquela prevista para o crime de estupro.

Vê-se, pois, que, além de permitir a apenação justa para casos mais graves (onde a análise da lesividade do constrangimento e das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal poderia conduzir

a uma forte exacerbação da reprimenda), a consideração da inconstitucionalidade acima mencionada mitigaria os problemas alhures demonstrados, decorrentes da atual sanção mínima do atentado violento ao pudor, claramente desproporcional com o amplo espectro de condutas enquadráveis em seu tipo penal.

Percebemos, contudo, uma resistência velada de nossos órgãos judiciários em declarar a inconstitucionalidade de norma ou diploma legal, ainda que o vício seja reconhecido por sedimentada doutrina. Em notáveis casos, tal posicionamento é louvável, pois redundaria em interferência na função legislativa e, em última instância, na separação de poderes. Todavia, também o Parlamento tem sua atuação limitada pelas diretrizes constitucionais pétreas.

Ainda que haja certa discricionariedade do Congresso Nacional no exercício do poder político de eleger as penas adequadas a cada crime, não se pode olvidar do célebre ensinamento de **Celso Antônio Bandeira de Mello**, segundo o qual a discricionariedade não é um cheque em branco. Assevera o renomado autor, em lição inserida no campo administrativo, mas aplicável analogicamente ao Direito Penal:

“Não se confunde discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente, o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente, o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.”⁽⁵⁾

Certamente, não se questionaria a inconstitucionalidade de uma lei que, hipoteticamente, equiparasse a pena de um furto simples a de um latrocínio, por ofensa aos princípios já referenciados. Na mesma linha de raciocínio, não se pode ignorar tal vício ao se estabelecer, no plano abstrato, que qualquer ato libidinoso (por exemplo, um simples toque nos seios de uma menina de treze anos de idade) mereça a mesma sanção de um crime de estupro.

Nosso Supremo Tribunal Federal, no julgamento recente do *Habeas Corpus* nº 82.959 pelo seu Pleno, após forte relutância, acabou por reconhecer um dos devaneios do legislador ordinário com a elaboração da Lei nº 8.072/90, ocasião em que se concluiu pela inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime pri-

sional por cometimento de crime hediondo ou a ele assemelhado. Seguindo este sentido de superação de inconstitucionalidades advindas de uma atividade legislativa pouco refletida, *permissa venia*, buscou-se, no debate aqui proposto, instigar a reflexão dos aplicadores do Direito, aos quais incumbirá a tarefa de solucionar a questão da desproporcionalidade da pena mínima cominada ao crime de atentado violento ao pudor, adotando a interpretação das normas legais mais consentânea com as diretrizes constitucionais que balizam a incidência de uma sanção na esfera penal, cujos efeitos de degradação pessoal, familiar e social restam notórios. ●

Notas

- (1) O insigne doutrinador **Celso Delmanto**, logo após a inovação legislativa trazida em julho de 1990, já havia sinalizado para este problema, ao aduzir que *“ainda quanto à Lei nº 8.072/90, a cominação de pena igual à do estupro, bem como a classificação do atentado violento ao pudor como crime hediondo (art. 1º da mesma lei), nos parecem excessivas nos casos de simples contato corporal lascivo (abraços e beijos) ou de contemplação lasciva, restando ao juiz, nessas hipóteses, aplicar a pena mínima, desclassificar para o delito do art. 61 da LCP ou considerar o fato atípico”* (Código Penal Comentado, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 353).
- (2) **BECCARIA, Cesare**. *Dos Delitos e das Penas*, São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 50.
- (3) **GRECO, Rogério**. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*, Niterói: Impetus, 2005, p. 111.
- (4) A título de exemplo, veja-se os processos de nºs 1.0696.04.009514-8/001 (rel. **Antônio Carlos Cruvinel**), 1.0335.03.900297-7/001 (rel. **Luiz Carlos Biasutti**), 1.0334.03.000479-3/001 (rel. **Márcia Milanez**), 1.0000.00.305418-6/000 (rel. **Herculano Rodrigues**), 1.0188.02.006606-7/001 (rel. **Reynaldo Ximenes Carneiro**), 1.0284.05.001443-0/001 (rel. **Herculano Rodrigues**), 1.0707.04.080950-1/001 (rel. **Antônio Carlos Cruvinel**) e 1.0114.02.007632-8/001 (rel. **Jane Silva**).
- (5) **MELLO, Celso Antônio Bandeira de**. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 268.

Domingos Barroso da Costa

Assessor junto à 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, bacharel em Direito pela UFMG, especialista em Criminologia pelo Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas/Acadepol-MG e em Direito Público, pela Unigranrio/Praetorium)

Fábio Rocha de Oliveira

Advogado, assessor judiciário junto à 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; pós-graduando e Especialista em Direito Público pela PUC/MG

A APLICAÇÃO DO § 1º-A DO ART. 557 DO CPC NA APELAÇÃO CRIMINAL: UMA SOLUÇÃO TÉCNICA PARA MODIFICAR INADEQUADO REGIME 2DE PENIA IMPOSTO A ACUSADO POR CRIME DE ROUBO

Nara Cibeles Neves Morgado, Salvador José Barbosa Júnior
e Sandro Marcelo Paris Franzoi

A APLICAÇÃO DO § 1º-A DO ART. 557 DO CPC NA APELAÇÃO CRIMINAL: UMA SOLUÇÃO TÉCNICA...

Em que pese a orientação sumular do Supremo Tribunal Federal adotada nos verbetes 718 e 719, de acordo com a qual “*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para imposição de regime mais severo*” e “*A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*”, boa parte da magistratura paulista ainda entende que a mera menção da gravidade abstrata e das conseqüências do crime de roubo no panorama de violência da sociedade contemporânea constitui fundamento suficiente para dar sustento à imposição de regime mais gravoso do que aquele estipulado pelas letras *b* e *c* do § 2º do art. 33 do Código Penal.

O acusado que tem fôlego e ousa desafiar essas decisões nos Tribunais Superiores, após longa tramitação processual, consegue ver o seu direito restabelecido. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, a corte máxima na interpretação da lei federal, instituída justamente para fortalecer e unificar a aplicação do direito de modo uníssono em todo o território nacional, perfilha da mesma posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, pois são vários os precedentes que modificam o regime prisional, imposto pelas instâncias ordinárias apenas com base na gravidade abstrata do delito, para permitir o início do cumprimento da pena aplicada ao condenado por crime de roubo no regime semi-aberto: HC nº 31.441/SP; HC nº 46.710/SP; HC nº 45.431-SP; HC nº 43.966-SP⁽¹⁾.

Conquanto exista a alta probabilidade de reforma do desacerto das decisões no tocante à escolha de regime de pena, a verdade é que não se consegue, pela via recursal ordinária e em tempo hábil, provimento útil para que o acusado por crime de roubo possa iniciar o cumprimento da reprimenda no regime adequado e obtenha, mediante progressão no curso da execução provisória, os justos benefícios a que teria direito em condições normais. Assim, ainda que se tenha sucesso na apelação, neste particular, a prestação jurisdicional é inútil, quer seja porque o apelante está descontando pena no regime aberto, quer seja porque já em livramento condicional; e, de qualquer modo, ficou confinado por tempo indevido no regime fechado.

Um dos desafios, portanto, da advoca-

cia criminal contemporânea, é encontrar soluções adequadas para tratar dessa incongruência jurídica, a fim de que efetivamente o réu possa fruir de benefícios contidos na legislação e venha a ser submetido à justa execução da pena, mesmo que provisória. De início, vislumbrou-se que o *habeas corpus* seria o remédio hábil para solucionar o problema. Todavia, firmou-se forte corrente jurisprudencial no seio do extinto Tribunal de Alçada Criminal entendendo que “*Não há, em sede de habeas corpus, elementos de convicção suficientes para alteração do regime determinado na sentença. Tal matéria exige exame aprofundado da instrução criminal, o que cabe em apelação ou em revisão criminal*” (RJTACrimSP, 12:180)⁽²⁾. E, modernamente, mantém-se o argumento segundo o qual “*A alteração de regime de cumprimento de pena não é matéria que se admita nos estreitos limites do habeas corpus, já que a prisão decorre de sentença regular, sendo o apelo a via adequada a remediar a decisão condenatória*” (HC nº 479.408/4, Limeira, 11ª Câmara, rel. Luís Soares de Mello, j. 5/7/2004)⁽³⁾, impedindo-se, assim, a reforma urgente da equivocada tutela jurisdicional condenatória.

Destarte, à primeira vista, o caminho mais técnico é discutir o acerto da escolha do regime em apelação e aguardar o desfecho da via recursal ordinária, para somente depois debater novamente a questão em sede de *habeas corpus*, agora substitutivo de recurso especial no Superior Tribunal de Justiça. Mas, malgrado se tenha conhecimento da alta probabilidade da mudança do regime inicial fechado equivocadamente eleito para o desconto da pena imposta ao acusado por delito de roubo em certas circunstâncias, nos Tribunais Superiores, não se ignora que a reforma da decisão virá extemporaneamente, quando não houver mais utilidade. Exatamente por isso, aliás, se insiste no manejo de *habeas corpus* ainda nos

tribunais estaduais para tentar restabelecer o direito do réu, muito embora o *writ* na maioria das vezes sequer chegue a ser conhecido. Eis a angústia, portanto, da defesa do acusado frente ao dilema a que comumente se depara.

Mas nem tudo está perdido. Um alargamento da visão e a aplicação das modernas técnicas processuais já acolhidas pelo Superior Tribunal de Justiça podem modificar esse sombrio panorama. De fato, atualmente, há mecanismo para, no próprio apelo, se buscar tutela de urgência, a fim de modificar a injusta escolha do regime inicialmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade ao acusado por crime de roubo, submetido à execução provisória da reprimenda imposta em primeiro grau de jurisdição.

Com efeito, no HC nº 43.870-SP⁽⁴⁾, o ilustre min. **Hamilton Carvalhido**, de plano, à luz do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 3º do Código de Processo Penal, concedeu a ordem para estabelecer o regime semi-aberto ao paciente, o qual havia sido condenado à pena de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, a ser descontada inicialmente no regime fechado, por violação ao artigo 157, § 2º, incisos I e II (por duas vezes), combinado com o artigo 71, do Código Penal.

Segundo a decisão monocrática prolatada naquele *writ*, “*In casu, ao que se tem houve, em última análise, presunção indubitosa, estranha ao direito vigente, de que da natureza do crime ou da sua gravidade abstrata deve deduzir-se a necessidade do regime mais gravoso, conseqüencializando-se a dispensa de uma fundamentação efetiva e real na fixação do regime prisional mais rigoroso entre os admitidos, determinada, contudo, pela lei penal e pela Constituição da República*”.

“Assim, diante da disciplina posta pelo artigo 33 do Código Penal, nada obsta se defira o regime semi-aberto, eis que a

Nara Cibeles Neves Morgado, Salvador José Barbosa Júnior e Sandro Marcelo Paris Franzoi

imposição de regime mais rigoroso, requisita, necessariamente, fundamentação específica, inexistente na espécie”.

Nesta linha argumentativa, após citar diversos precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, aplicou-se o artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 3º do Código de Processo Penal, por se entender que a fixação do regime fechado, quando a lei admite o semi-aberto, fulmina o verbete de Súmula nº 718 do Supremo Tribunal Federal.

Assiste inteira razão ao arguto ministro **Hamilton Carvalho**, pois o artigo 3º do Código de Processo Penal admite a interpretação extensiva e aplicação analógica, de sorte que “a lei estabelecida para determinado fato a outro se aplica, embora por ela não regulado, dada a semelhança em relação àquele por ela previsto”, segundo escorrelhação de **Fernando da Costa Tourinho Filho**⁽⁵⁾. Portanto, é perfeitamente aplicável ao recurso penal o § 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil⁽⁶⁾ quando “a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”. E, como bem salientado na aludida decisão, as disposições do art. 557 do Código de Processo Civil são perfeitamente aplicáveis em matéria penal, até porque o Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, enfrentou o tema e pacificou entendimento no sentido de que “Na esteira da compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, mostra-se possível a aplicação do artigo 557 em matéria penal, desde que observados seus exatos termos”⁽⁷⁻⁸⁾.

Mutatis mutandis, o raciocínio até aqui defendido e amplamente divulgado nas

duas Turmas do Superior Tribunal de Justiça, pode ser aplicado integralmente pelos tribunais estaduais, nos casos em que o magistrado de primeira instância elege indevidamente o regime fechado para início de desconto da reprimenda privativa de liberdade imposta ao acusado de roubo, baseando exclusivamente sua decisão na gravidade abstrata do crime apurado. Deveras, nesta hipótese, o relator está autorizado a dar, de plano, parcial provimento ao apelo da defesa, apenas para modificar o regime de pena inadequadamente eleito na sentença recorrida,

Atualmente, há mecanismo para, no próprio apelo, se buscar tutela de urgência, a fim de modificar a injusta escolha do regime inicialmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade ao acusado por crime de roubo, submetido à execução provisória da reprimenda imposta em primeiro grau de jurisdição.

pois se cuida tão-só de questão de direito, visto que as premissas fáticas para a concessão do regime semi-aberto ou aberto já foram consolidadas pelo magistrado de primeira instância na própria sentença recorrida, passada em julgado para a acusação, quando afirmou favoráveis as condições judiciais do art. 59 do Código Penal. ●

Notas

- (1) Disponível em <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em 10 de abril de 2006.
- (2) *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. Edição Eletrônica.
- (3) Disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/wps/portal>>. Acesso em 10 de abril de 2006.
- (4) STJ, 6ª Turma, HC nº 43.870-SP, rel. min. **Hamilton Carvalho**, Brasília, j. 30.6.2005, disponível em <www.stj.gov.br>.
- (5) **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa**. *Código de Processo Penal Comentado*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 25.
- (6) O § 1º-A do art. 557 do Código de Processo Civil foi introduzido na sistemática recursal do processo civil brasileiro pela Lei nº 9.756/98. Para **Vicente Greco Filho** (*Direito Processual Civil Brasileiro*, 16ª ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 2003, p. II/341), “a intenção do legislador foi clara: facilitar o julgamento de re-

ursos, mediante a estratégia de atribuir ao relator do recurso maiores poderes, e instituir inibições a sua interposição”. E, sob o crivo do Supremo Tribunal Federal, foi declarada a constitucionalidade desse dispositivo, como anotado pelo saudoso **Theotonio Negrão** em nota de rodapé ao aludido dispositivo (*Código de Processo Civil Anotado*, 37ª ed., São Paulo, 2005): “Art. 557: 1a. As disposições do art. 557 do CPC que conferem poderes ao relator para negar seguimento ou dar provimento a recurso são constitucionais” (STF, 1ª Turma, RTJ 173/948; STF, 2ª Turma, AI nº 375.370-CE, AgRg, rel. min. **Carlos Veloso**, j. 25.6.02, negaram provimento, v.u., DJU 23.8.02, p. 100).

(7) STJ, 6ª Turma, HC nº 28.173-RJ, rel. min. **Paulo Gallotti**, Brasília, j. 17.2.2004, in RSTJ, 186:557.

(8) No sentido de que é possível a aplicação de normas processuais civis na sistemática recursal do processo penal, ensinam **Ada Pellegrini Grinover**, **Antonio Magalhães Gomes Filho** e **Antonio Scarance Fernandes** que “...Alguns autores, mais presos ao sistema processual penal, concluíram que esse agravo deveria seguir o rito do recurso em sentido estrito. Mais adequado o outro entendimento no sentido de que deve ser adotado o rito do agravo do Código de Processo Civil, por aplicação analógica e porque essa era a clara intenção do legislador”. E, por isso, “Não havia, até a reforma do agravo do CPC pela Lei nº 9.139/95, grandes problemas para sua aplicação ao agravo da LEP, prestando-se com tranqüilidade, para a impugnação das decisões do juiz das execuções criminais” (in *Recursos no Processo Penal*, 4ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2005, pp. 196 e 200).

Nara Cibele Neves Morgado

Procuradora do Estado em São Paulo, em exercício na Procuradoria da Assistência Judiciária Criminal de São Bernardo do Campo (SP)

Salvador José Barbosa Júnior

Procurador do Estado em São Paulo, em exercício na Procuradoria da Assistência Judiciária Criminal de São Bernardo do Campo (SP), é pós-graduando em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura

Sandro Marcelo Paris Franzoi

Procurador do Estado em São Paulo, em exercício na Procuradoria da Assistência Judiciária Criminal de São Bernardo do Campo (SP), é pós-graduando em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura

PARTICIPEM DO BOLETIM

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

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

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

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

A LIBERDADE SEXUAL DA PESSOA ALIENADA OU DÉBIL MENTAL

David Alves de Souza Lima e Oswaldo Henrique Duek Marques

Consoante a regra prevista no artigo 224, alínea “b”, do Código Penal brasileiro em vigor, haverá sempre a presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual, se a vítima for alienada ou débil mental e se tal circunstância for conhecida do sujeito ativo. Assim, presentes esses requisitos e havendo conjunção carnal, estará configurado o estupro. Nas mesmas circunstâncias, se ocorrer prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, estará tipificado o atentado violento ao pudor.

O Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, por sua vez, mantém a presunção de violência, ao prever os crimes de *violação sexual de menor ou incapaz* (art. 163) e de *abuso sexual de menor ou incapaz* (art. 164), nos seguintes termos: “Art. 163. Praticar conjunção carnal com menor de quatorze anos de idade, ou pessoa alienada ou débil mental ou impossibilitada por qualquer outra causa de oferecer resistência: Pena – Reclusão de oito a doze anos. Art. 164. Praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menor de quatorze anos de idade, ou pessoa alienada ou débil mental ou impossibilitada por qualquer outra causa de oferecer resistência: Pena – Reclusão de quatro a dez anos”.

Embora a solução adotada pela legislação penal vigente e pelo referido anteprojeto objective, por um lado, proteger a pessoa alienada ou débil mental, por outro, impõe-lhe a abstinência sexual total, independentemente de sua vontade e consentimento na relação sexual ou da espécie de seu vínculo com terceiro, ou mesmo das intenções deste na relação mantida. Cabe, ainda, destacar as hipóteses de existência de vínculo afetivo ou de casamento entre o agente e a pessoa alienada ou débil mental.

Apesar de o dispositivo mencionado do Código vigente estar inserido entre os crimes contra a liberdade sexual, a presunção absoluta de violência, nas situações referidas, parece justamente retirar essa liberdade de vontade da pessoa alienada ou débil mental, em descompasso com o princípio constitucional da liberdade e com a dignidade da pessoa humana. Esta constitui valor supremo de todo ser humano, não obstante as diferenças entre os indivíduos, como comenta **José Afonso da Silva** (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 109).

Segundo **Ingo Wolfgang Sarlet**, essa liberdade “(autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar

sua conduta, não dependendo de sua efetiva realização no caso concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz” (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 45).

Por esses motivos, a legislação penal brasileira poderia seguir o exemplo do Código Penal português em vigor, que em seu artigo 165, ao cuidar do crime de *Abuso Sexual de Pessoa Incapaz de Resistência*, determina: “1 - Quem praticar acto sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do seu estado de incapacidade, é punido com pena de prisão de 6 meses a oito anos; 2 - Quem, nos termos previstos no número anterior, praticar com outra pessoa cópula, coito anal ou coito oral é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos” (com a redação da Lei nº 65, de 2/9/1998).

De acordo com o magistério de **Jorge de Figueiredo Dias**, ao comentar esse dispositivo: “Por um lado, podem existir anomalias psíquicas que não relevem em definitivo para a inimputabilidade (mas quando muito para a imputabilidade diminuída), mas devem relevar para efeito da incapacidade de opor resistência ao acto sexual. Por outro lado e inversamente, podem existir com frequência anomalias que conduziriam à inimputabilidade, mas não constituem, em concreto e em definitivo, incapacidade para formar e exprimir a vontade da vítima no sentido da resistência ao acto sexual” (*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, t. I, p. 478). Portanto, o que deve ser investigado no caso concreto não é apenas a presença de determinada patologia psíquica, mas a real incapacidade de opor resistência ou de exprimir vontade para a relação sexual.

Além disso, exige a legislação penal portuguesa que o agente se aproveite da incapacidade da vítima, o que vai ocorrer exatamente quando ela não puder manifestar sua vontade no sentido da realização do ato sexual. Sobre o assunto, doutrina **Jorge de Figueiredo Dias**: “Neste contexto se justifica que não seja sentido do tipo impedir a vítima que sofre de uma anomalia mental de toda e qualquer actividade sexual com outra pessoa: sempre que ela seja capaz de formar e exprimir a sua vontade no sentido de anuir ao acto, ou inclusivamente de tomar a iniciativa dele, não há aprovei-

tamento para efeito do tipo” (op. cit., pp. 479 e 480). Essa solução, adotada pela legislação portuguesa, além de preservar a liberdade sexual da vítima alienada ou débil mental, protege-a quando não puder ela opor resistência nem consentir na realização do ato sexual.

É importante ressaltar que a vontade relaciona-se, intimamente, à vida instintiva, afetiva, intelectual e às normas culturais. Como ensina **Paulo Dalgalarondo**: “Não é ponto pacífico se a vontade depende mais da esfera instintiva, de forças inconscientes, da esfera afetiva, de valores culturais ou de componentes intelectuais conscientes” (*Psicopatologia e Semiologia dos Transtornos Mentais*, Porto Alegre: Artes Médicas, 2000, p. 112). Enquanto o instinto consiste em comportamentos inatos, compartilhados por seres da mesma espécie, que servem à conservação da vida e à perpetuação da espécie, o impulso, ou pulsão, consubstancia-se em vivência interna de cunho afetivo, responsável pela conduta apta a satisfazer uma necessidade (cf. **Elie Cheniaux Jr.**, *Manual de Psicopatologia*, Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 71).

Dessa ótica, o desejo relacionado ao instinto ou à pulsão (impulso) sexual afigura-se inerente à condição humana, incluindo-se, nessa condição, conseqüentemente, os portadores de alienação ou debilidade mental. Tanto o instinto quanto a pulsão sexual drenam a energia psíquica para a vida do indivíduo. Por isso, mesmo os portadores de alienação ou debilidade mental devem ter a liberdade de manifestar-se em direção ao contato sexual, sob pena de afronta à natureza humana, não se podendo esquecer que a atividade sexual contribui para a saúde psíquica, quando consentida e com afeto.

Sugere-se, então, alterar a redação do artigo 224, alínea “b”, do Código vigente, conforme segue: “Presume-se a violência, se a vítima: b) encontra-se incapacitada de opor resistência ao ato sexual, em decorrência de alienação ou debilidade mental, aproveitando-se o agente dessa incapacidade”. Tal modificação, sem dúvida, atenderá ao princípio constitucional da liberdade, em consonância com a dignidade da pessoa humana. ◉

David Alves de Souza Lima
Médico psiquiatra

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

David Alves de Souza Lima e Oswaldo Henrique Duek Marques

ARTIGOS 136 DO CÓDIGO PENAL E 232 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Eduardo Luiz Santos Cabette

Eduardo Luiz Santos Cabette

ARTIGOS 136 DO CÓDIGO PENAL E 232 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – CONFLITO...

O Código Penal prevê em seu artigo 136 o crime de “maus-tratos” que consiste na exposição a perigo da vida ou da saúde de pessoa sob a autoridade, guarda ou vigilância do agente, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina. Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), descreve tipo penal muito semelhante em seu artigo 232, criminalizando a conduta de *“submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou constrangimento”*.

Desponta claro que a norma do Código Penal não se restringe à proteção das crianças e adolescentes, abrangendo como sujeitos passivos toda uma infinidade de pessoas que estejam sob a autoridade, guarda ou vigilância de outrem (n.g. alienados mentais, doentes etc.)⁽¹⁾. Já no que tange ao disposto no artigo 232 do ECA, pode-se dizer que se trata de crime próprio com relação ao sujeito passivo, eis que somente crianças ou adolescentes são ali arroladas nessa qualidade⁽²⁾.

Pode parecer que as dúvidas quanto aos respectivos campos de aplicação das normas sob comento estariam dirimidas simplesmente pela qualidade do sujeito passivo. Isso, porém, não corresponde à realidade, uma vez que o tipo penal do artigo 136, CP, também admite como sujeitos passivos crianças ou adolescentes. É aí que surge o conflito aparente de normas. Haverá situações em que ambos dispositivos penais concomitantemente vigentes e válidos num mesmo ordenamento jurídico poderão, em tese, ter aplicação num mesmo caso, devendo o intérprete e aplicador do Direito dispor de uma orientação segura para dirimir o conflito.

Flávio Augusto Monteiro de Barros chama a atenção para a possibilidade de que no caso de maus-tratos impingidos a crianças ou adolescentes poderá haver configuração do crime do artigo 232 do ECA. No entanto, deixa em aberto o necessário esclarecimento quanto aos casos em que se aplicaria um ou outro dispositivo, tendo em vista que somente o critério etário não é suficiente para dirimir o conflito, conforme acima destacado⁽³⁾.

Para Fernando Capez, a solução seria

dada pelo princípio da especialidade, devendo prevalecer o tipo penal descrito no artigo 232, ECA, quando a vítima for criança ou adolescente⁽⁴⁾. Este autor igualmente deixa uma lacuna quanto à especificação de um critério seguro de distinção, pois que em seu próprio texto deixa claro que o artigo 136, CP, pode ser também aplicado a casos em que a vítima é um menor de 18 anos⁽⁵⁾.

Qual seria então um critério orientador do intérprete e aplicador do Direito para dirimir o conflito entre essas normas?

Entende-se que pode ser apresentada uma orientação razoável para o caso: realmente haverá situações em que prevalecerá o artigo 232 do ECA em se tratando de vítima criança ou adolescente. No entanto, deve-se observar que o crime de maus-tratos previsto no Código Penal (artigo 136) é, na verdade, norma especial em relação ao dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, certamente não quanto ao sujeito passivo que nele é mais abrangente, mas quanto à conduta descrita. Isso porque o artigo 136, CP, é crime de forma vinculada que descreve pormenorizadamente as condutas a serem encetadas pelo agente para colocar em risco a integridade física ou a vida da vítima por meio dos maus-tratos, ainda que esta seja uma criança ou adolescente. Dessa maneira, deverá prevalecer o artigo 136, CP, sempre que restar configurada uma conduta especificamente ali descrita. Já nos casos de submissão da vítima criança ou adolescente a mero vexame ou outros constrangimentos que não encontrem abrigo no disposto no artigo 136, CP, aí sim será o caso de aplicação do artigo 232, ECA, crime de forma livre, que dessa maneira assume uma característica residual. Tanto isso corresponde à realidade que caso contrário restaria sem utilidade alguma a previsão de aumento de pena para os casos de maus-tratos quando a vítima for pessoa menor de 14 anos, conforme consta do § 3º do artigo

136, CP, justamente acrescentado pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Em resumo, para vítimas maiores de 18 anos submetidas a maus-tratos, a aplicação somente pode ser do artigo 136, CP, que é abrangente tanto de menores como de outras pessoas subordinadas a guarda, autoridade ou vigilância de outrem, sendo o artigo 232, ECA, reservado somente para as vítimas crianças ou adolescentes⁽⁶⁾. O problema somente surge quando a vítima é criança ou adolescente. Nestes casos emergirá o conflito entre os artigos 136, CP, e 232, ECA, o qual será solucionado, considerando a especialidade da conduta do primeiro dispositivo mencionado que é de forma vinculada. Somente será aplicado residualmente o ECA nos casos de constrangimentos ou vexames que não se tipifiquem perfeitamente nos previstos no artigo 136, CP.

Exemplificando: se o agente submete uma criança ou adolescente a trabalho excessivo ou privação de alimentação, colocando em risco sua saúde, tipificado está o crime previsto no artigo 136, CP; agora, se o pai manda raspar o cabelo do filho menor a fim de submetê-lo a um vexame perante os colegas ou se um policial faz uso de algemas em um adolescente, submetendo-o a constrangimento injustificado, há infração ao art. 232, ECA. Opera-se aqui um fenômeno que somente pode ser atribuído à esquizofrenia do legislador brasileiro: o tipo penal do Estatuto da Criança e do Adolescente é especial em relação ao do Código Penal no que se refere ao sujeito passivo, mas o tipo penal do Código Penal é especial em relação ao do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto às condutas respectivamente descritas. Essa anomalia não somente gera uma dificuldade quanto à aplicação dos dispositivos como, mesmo após a definição de um critério para isso, resta uma perplexidade: o tipo penal do artigo 136, CP, que em tese e em geral se

Pode parecer que as dúvidas quanto aos respectivos campos de aplicação das normas sob comento estariam dirimidas simplesmente pela qualidade do sujeito passivo. Isso, porém, não corresponde à realidade, uma vez que o tipo penal do artigo 136, CP, também admite como sujeitos passivos crianças ou adolescentes. É aí que surge o conflito aparente de normas.

aplicará a condutas mais gravosas contra as vítimas tem pena menor (detenção de dois meses a um ano ou multa), enquanto que o crime do artigo 232, ECA, tem pena maior (detenção de seis meses a dois anos). Certamente é tempo de retomar essa questão e rever a tipificação e a quantidade de pena aplicável, eis que há nítida infração ao princípio da proporcionalidade de acordo com o atual tratamento do tema. Aliás, é também francamente inadequado que ambas as infrações sejam consideradas de menor potencial ofensivo em face da gravidade que ostentam. Uma sugestão seria a elevação das penas, superando o patamar para caracterização de infração de menor potencial, bem como a tipificação da conduta do ECA, adicionando dicção nos mesmos termos daquela do Código Penal, apenas diferindo quanto ao sujeito passivo, o que tornaria a aplicabilidade dos dispositivos bem mais simples e coerente de acordo com o critério da especialidade baseado tão somente na distinção etária. Não seria inadequado também que o tipo penal do ECA tivesse uma reprimenda um pouco mais elevada, considerando a especial proteção conferida às crianças e adolescentes que advém, em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, das próprias normas constitucionais (artigo 227, CF). Neste caso, poder-se-ia eliminar o § 3º do artigo 136, CP, o qual perderia sua razão de ser. ●

Notas

- (1) Frise-se que o preso ou pessoa submetida a medida de segurança em certos casos pode ser vítima de uma espécie de crime de tortura previsto no artigo 1º, § 1º da Lei nº 9.455/97. Também as crianças ou adolescentes e quaisquer pessoas submetidas à guarda, poder ou autoridade de outrem podem ser vítimas de crime de tortura, dependendo do grau de sofrimento (intensidade) imposto como “castigo pessoal ou medida de caráter preventivo” (Tortura – Castigo – artigo 1º, II, da Lei nº 9.455/97). Por outro lado, para o idoso há hoje previsão especial no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), em seu artigo 99.
- (2) **NOGUEIRA, Paulo Lúcio.** *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 301.
- (3) **BARROS, Flávio Augusto Monteiro de.** *Crimes Contra a Pessoa*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 157.
- (4) **CAPEZ, Fernando.** *Curso de Direito Penal*, 5ª ed., vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 217.
- (5) *Op. Cit.*, pp. 214-215.
- (6) Atente-se sempre, porém, para os dispositivos do Estatuto do Idoso e da Lei de Tortura já mencionados, bem como para outros crimes do próprio Código Penal quando a conduta do agente não se enquadrar perfeitamente nos casos previstos de forma vinculada pelo artigo 136, CP (e.g. Constrangimento Ilegal – art. 146, CP).

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia, pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, mestre em Direito Social e professor de Direito Penal e Processo Penal na Unisal

Eduardo Luiz Santos Cabette



IBCCRIM

**INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
- IBCCRIM -**

(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

COORDENADORES ESTADUAIS:

- **ACRE** - Maria de Salete 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!**

AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De 11 a 15 de setembro de 2006

Programa em fase de elaboração

Local: Auditório do UniSALESIANO, Estrada do Guatambu, KM 8,5

Araçatuba – São Paulo

Realização: Centro Universitário Católico Auxilium e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM

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

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

Dias 14 e 15 de setembro de 2006

Programa em fase de elaboração

Participação Internacional confirmada:

Prof. Nuno Brandão e Prof. Rui Pereira

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

Organização: EMERJ, CAPES, IBCCRIM,

Universidade Estácio de Sá e Universidade Federal do Paraná.

Mais informações em agosto: www.ibccrim.org.br

MESA DE ESTUDOS E DEBATES

Data: 10 de agosto de 2006 — **Horário:** 10h00

Local: Auditório IBCCRIM (São Paulo)

Inscrições Gratuitas - **Mais informações:** www.ibccrim.org.br

Com base na terminologia infeliz do Código ao mencionar em seu artigo 408 que bastam, para a decisão de pronúncia, “indícios de autoria”, criou-se um *mito*, o do *in dubio pro societate*, qual seja: se, terminada a instrução da primeira fase do rito escalonado do Júri, houver dúvida a respeito da autoria, o juiz deve remeter o caso para que seja decidido pelo tribunal leigo, preservando, assim, a competência constitucional do Júri.

Analisando-se a finalidade do nosso procedimento do Júri, chegamos à conclusão que o rito só é escalonado em duas fases porque o legislador entendeu que remeter alguém a julgamento por seus pares não é um passeio dominical, mas algo muito sério, constrangedor ao extremo para o réu, que ocupa o banco da ignomínia e, porque não, constrangedor também para a sociedade, que vê um integrante seu em posição vexatória, expondo até às vísceras as mazelas daquele agrupamento humano.

Sendo assim, para se evitar constrangimentos, humilhações e vexames inúteis (para o acusado principalmente, mas também para a comunidade), em processos que não tenham provas ou sejam elas raiquíticas, deve o juiz atuar como um filtro selecionador de julgamentos pelo Júri, só remetendo a ele casos com prova séria de autoria e materialidade, barrando os demais com a impronúncia. Como ensina **Inocencio Borges da Rosa**: “O artigo 408 do Código do Processo não exige, para a pronúncia, expressamente, que haja indícios veementes de ser o acusado o autor da infração penal. Fala só em indícios, mas fica subentendido que a pronúncia não deverá ser decretada com apoio em indícios fracos, remotos, vagos, de maneira a ocorrer a dúvida séria de autoria (...) Pondo de lado o vigor da expressão veementes, dizemos que os indícios devem ser ‘suficientes’ para gerar a presunção-convicção de ter sido o acusado o autor ou co-autor do crime, exigindo muito esforço de raciocínio ou de argumentação admitir não ser isto verdadeiro”. E arremata o mestre: “A lei, porém, exige indícios veementes, presunções fortes, e como tais se consideram os fatos conhecidos que, pela sua força e precisão, são capazes de determinar uma só e única conclusão: isto é, de que não foi outro senão o indiciado o autor ou cúmplice do fato criminoso”⁽¹⁾.

Ora, se para decretar o seqüestro de bens de alguém é necessário (art. 126 do CPP) a existência de indícios veementes, se para prender preventivamente é preciso que haja indícios suficientes (art. 312 do CPP), como se remeter alguém a Júri com menos prova que o suficiente?

Essa a *ratio* da primeira fase do proce-

dimento do Júri: enviar para tal órgão de justiça apenas processos com provas sérias e confiáveis de autoria e materialidade delitivas. Mas, como sua finalidade é incompreendida! Remetem-se indiscriminadamente ao Júri processos em que está ausente uma prova digna de tal nome da prática da infração (julgamentos que certamente redundarão em absolvições), mantendo-se muitas vezes preso preventivamente o réu... E para nada! Unicamente porque se acredita naquele brocardo: *in dubio pro societate*, totalmente desligado da vida, da realidade, dos fins sociais e do bem comum!

Com uma maior análise da prova pelo juiz togado nesta primeira fase, controlando de fato o envio de processos ao tribunal leigo, não se maculará a competência constitucional do colegiado, mas tão-somente depurar-se-ão, na fase de pronúncia, os casos criminais que merecem ser mandados a Júri. Esse o verdadeiro sentido do *judicium accusationes*, cuja constitucionalidade nunca foi contestada. Está na hora, então, do juiz técnico exercer verdadeiramente esse controle que a lei lhe dá.

E como? É simples: lendo o magistrado os autos, entendendo jurídica e justa, pelas provas coligidas, uma condenação do acusado — caso em que, num exercício mental, colocando-se na posição hipotética de julgador do caso, chega à conclusão que, se pudesse julgar o réu, seria provável sua condenação —, deve remeter o caso ao Tribunal do Júri. Caso a sua conclusão, entretanto, seja oposta — de que em hipótese alguma condenaria o acusado com as provas inexistentes ou imprestáveis dos autos, não há porque se remeter tal caso a Júri, sendo correto impronunciá-lo. Como se sabe, o Tribunal Popular, além de ser um instrumento de participação direta do povo na justiça, tem sua natureza ligada, predominantemente, a uma garantia individual da pessoa acusada de ter praticado um crime doloso contra a vida.

Ora, qual o sentido de ser do Júri como garantia individual se, na prática, remetem-se a julgamento pelo Conselho de Sentença processos sem prova ou cujo conteúdo é débil, em hipóteses que o próprio juiz togado, de plano, absolveria? É para dar chance aos jurados de condenar um possível inocente? Se assim fosse, que garantia individual estúpida seria essa! Melhor, então, que não houvesse o Júri: o próprio juiz se incumbiria de absolver de plano o imputado, por ausência ou falha dos elementos de convicção, sem que o réu corresse o risco de ser condenado pelo órgão criado para *proteger sua liberdade*. Protegê-la cassando-a?

O mito do *in dubio pro societate* tem causado diversos e intensos males:

a) o inútil constrangimento de quem não deveria, sem provas dignas desse nome, ocupar o *banco da vergonha*;

b) o menosprezo dos jurados pela Justiça. É de nossa lembrança, num mês de reunião de Júri na comarca em que atuávamos, em que em todos, repito, todos os julgamentos do mês, que eram sete, fomos obrigados a pedir absolvição por insuficiência de provas! Que conceito farão os jurados a respeito da instituição do Júri: um circo montado para julgar casos inúteis, em que já se sabe qual é o veredicto, um palco de injustiças e humilhações a pessoas que não mereciam lá estar (lembro-me de casos nítidos de legítima defesa em que a vítima sobrevivente de um assalto virou acusado!). E o descrédito devotado ao Júri pelos próprios jurados já é o início do fim da importância efetiva da instituição popular na Justiça brasileira;

c) a impronúncia é uma grande arma de defesa da sociedade, cuja importância ainda não foi percebida por seu defensor, o membro do Ministério Público. Diz o parágrafo único do artigo 409 do Código de Processo Penal, *in verbis*, que: “*Enquanto não extinta a punibilidade, poderá, em qualquer tempo, ser instaurado o processo contra o réu, se houver novas provas*”. Isso significa dizer que, enquanto o acusado não morrer ou não ocorrer a prescrição da pretensão punitiva do Estado, poderá haver, surgindo provas inéditas, novo processo por idêntico crime. Evidente a utilidade para a sociedade de tal dispositivo;

d) a pauta dos júris é extensa em quase todas as comarcas, em razão da já referida cultura da pronúncia (o que acaba possibilitando a soltura de diversos acusados, por excesso de prazo). Houvesse uma seleção, de verdade, pelos juizes, na primeira fase do procedimento, de casos com provas relevantes e não um automático e indiscriminado remeter de processos para o Júri e os julgamentos seriam mais rápidos, levados mais a sério pelos jurados, e com menor distância de tempo entre a prática do crime e o julgamento, dando a noção de consequência certa ao ilícito cometido, afastando, assim, a deletéria sensação de impunidade. Todos ganhariam. ◉

Nota

- (1) **ROSA, Inocencio Borges da**. *Processo Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro: Jacintho, 1942, v. 2, p. 497.

Walfredo Cunha Campos

Promotor de Justiça em Praia Grande (SP)

A ALTERAÇÃO DA EMBRIAGUEZ AO VOLANTE É O CRIME DE LESÕES CORPORAIS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – REFLEXOS DA LEI Nº 11.275/06

Leonardo Luiz de Figueiredo Costa

A nova Lei nº 11.275/06 alterou os arts. 165, 277 e 302, do CTB, acrescentando a este último uma causa de aumento de pena (inciso V), quando o agente estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos. Esta norma é igualmente aplicável ao crime de lesão corporal culposa, por força do art. 303, parágrafo único, do CTB.

Para que incida o Código de Trânsito Brasileiro no tocante ao crime de lesão corporal culposa (art. 303), a violação de dever de cuidado deverá ser na direção de veículo automotor terrestre (ligado ao trânsito, sem abranger bicicletas). É irrelevante que o crime ocorra em via pública ou particular, pois nos crimes da Lei nº 9.503/97, quando o legislador quis exigir via pública, ele o fez expressamente como, por exemplo, no delito de embriaguez ao volante (art. 306, do CTB).

Trata-se de modalidade de crime de lesão corporal condicionada à representação do ofendido (art. 88, da Lei nº 9.099/95), à qual incide a possibilidade de transação penal e suspensão condicional do processo, bem como a competência do juizado especial criminal e da realização da audiência preliminar.

Note-se que o julgamento da lesão corporal culposa do art. 303, do CTB pode não ser da competência do juizado especial criminal (competente para o processo e julgamento dos crimes com pena máxima de dois anos), caso incida a causa de aumento de seu parágrafo único. Mas, em qualquer hipótese, será aplicável a audiência preliminar, a transação penal e será mantido seu caráter de crime condicionado à representação, por força do art. 291, do CTB.

Na lesão corporal culposa, a gravidade objetiva da lesão não interfere na tipicidade, incidindo somente na fixação da pena (art. 59, *caput*, do CP). Assim, ainda que resulte, *vg.*, perda de membro, sentido ou função, o delito restará consumado em sua forma fundamental.

Em relação ao concurso de crimes entre a lesão corporal culposa e a direção sem habilitação, gerando perigo de dano (art. 309, do CTB), já há jurisprudência do STF entendendo sua absorção pelo delito de lesão corporal culposa e a im-

possibilidade de persecução autônoma por este outro delito. Observe-se que a ausência de habilitação já configura uma causa de aumento de pena, prevista no art. 302, I, do CTB, que justifica a relação de subsidiariedade.

Porém, no que tange à lesão culposa na direção de veículo automotor (art. 303, do CTB) e à direção em embriaguez (art. 306, do CTB), era controvertido o entendimento acerca do concurso de crimes, havendo quem entendesse que o crime de embriaguez ao volante absorve o crime de lesões culposas, e quem pensasse que deva responder por ambos os crimes em concurso formal, não sendo possível a absorção (consunção) do crime do art. 306, do CTB pelo crime de lesões culposas, pois aquele possui sanção penal mais gravosa do que este (não há relação de *minus ad majorem*).

Ocorre que, com a nova legislação, a dúvida está superada. Atualmente a influência do efeito do álcool passa a constituir causa de aumento de pena da lesão corporal culposa, restando, pois, o delito de perigo (art. 306, do CTB) subsidiário ao delito de dano, do qual passa a ser elemento componente da forma aumentada (art. 303, parágrafo único, do CTB). Pouco importa que a pena em tese do crime do art. 303, parágrafo único, do CTB (6 meses a 2 anos, aumentada de 1/3 à metade) possa ser em alguns casos inferior ao do crime do art. 306, do CTB (6 meses a 3 anos), pois há previsão específica do aumento de pena por esta circunstância na lesão culposa e não pode haver *bis in idem* quanto ao mesmo fato.

Assim, havendo relação de subsidiariedade não há que se falar em concurso de crimes, mas em prevalência da figura da lesão corporal culposa. De modo que, não havendo representação do ofendido, fica vedada a persecução penal quanto ao crime principal, não cabendo ação penal quanto ao delito de embriaguez ao volante. Igualmente, havendo transação penal quanto ao delito de lesão corporal, restará esgotada a possibilidade punitiva estatal sem possibilidade de processo criminal pelo crime do art. 306, do CTB. ●

Leonardo Luiz de Figueiredo Costa
Procurador da República

Leonardo Luiz de Figueiredo Costa

Entidades que assinam o Boletim:

— AMAZONAS

• Ministério Público do Amazonas

— CEARÁ

• Associação Cearense de Magistrados

— DISTRITO FEDERAL

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

— ESPÍRITO SANTO

• Ministério Público do Estado do Espírito Santo

— GOIÁS

• Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmeço

— MARANHÃO

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

— MATO GROSSO DO SUL

• Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS
• Associação Sul-Matogrossense do Ministério Público
• 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

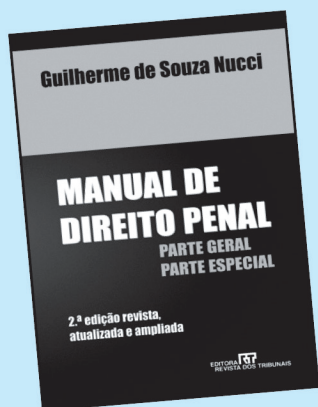
— RIO GRANDE DO SUL

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

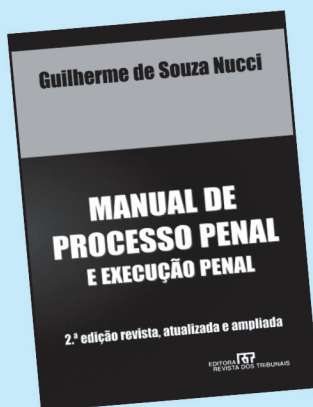
— SÃO PAULO

• 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
• Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

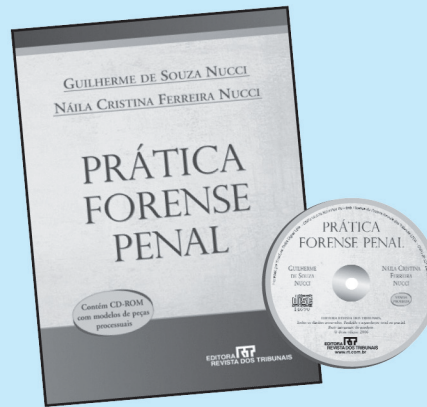
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS



1.024 páginas • capa flexível

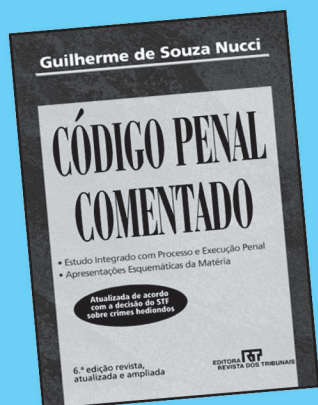


1.022 páginas • capa flexível

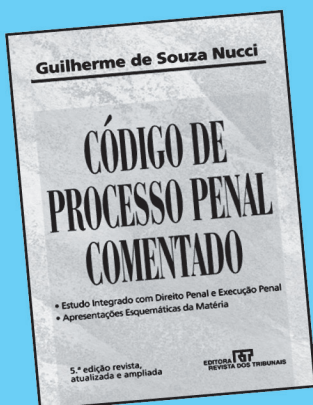


366 páginas • capa flexível

LINHA NUCCI 2006



1.216 páginas • cartonado



1.216 páginas • cartonado

em breve:

**Leis Penais e
Processuais Penais
Comentadas**

**Guilherme de
Souza Nucci**

Ada Pellegrini Grinover
Antonio Scarance Fernandes
Antonio Magalhães Gomes Filho

**AS
NULIDADES
NO PROCESSO
PENAL**

9.ª edição
revista, atualizada
e ampliada

**As Nulidades no
Processo Penal,
9.ª edição**

*Ada Pellegrini Grinover,
Antonio Magalhães
Gomes Filho e Antonio
Scarance Fernandes*

352 páginas
brochura

Luiz Regis Prado
Érika Mendes de Carvalho

**Teorias da
Imputação Objetiva
do Resultado**

Uma aproximação crítica a
seus fundamentos

2.ª edição revista, atualizada e ampliada

Prefácio
José Cerezo Mir

**Teorias da Imputação
Objetiva do Resultado,
2.ª edição**

*Luiz Regis Prado e
Érika Mendes de
Carvalho*

268 páginas
brochura

**livraria
RT**

www.livrariart.com.br

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

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br