

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL:

VIOLÊNCIA: CASO DE POLÍTICA

Neste maio de 2006 a violência e o Estado Democrático de Direito travaram nova batalha. Em um primeiro instante aflorou a violência organizada da criminalidade contra as instituições públicas, principalmente contra os agentes policiais. O IBCCRIM, desde a manhã de 13 de maio de 2006, já se pronunciava pelo repúdio veemente aos ataques, manifestando sua solidariedade e pesar pelos policiais mortos. Após a madrugada daquele dia, o que se viu foi uma sucessão de violações e desrespeitos às instituições, às leis e, como não poderia deixar de ser, ao ser humano e à sua dignidade.

O desmoronamento da legalidade sempre se inicia de forma surda, com conivências e omissões; quase imperceptível, vai solapando a tranquilidade firmada pelo primado legal, prossegue partindo para a intranquilidade social, e finda com o império do mais forte. O IBCCRIM, diante de todos os fatos violentos, das ilegalidades próximas e remotas, dos ataques desumanos de parte a parte, não poderia deixar de se manifestar e reafirmar, mais uma vez, a sua prioridade fundamental que é, em momentos de crise, buscar os meios de solução dos problemas pelo uso científico e racional das Ciências Criminais, sempre com esteio nos princípios constitucionais.

Com esse intuito é necessário reafirmar, em alto e bom som, que o desespero natural da sociedade atacada não pode gerar nos agentes públicos nenhuma precipitação na busca de medidas ineficientes, apenas preocupadas em dar aparência de segurança. Todas as instâncias do Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário) erraram no trato da violência criminal, desde não evitar ou, ao menos, minorar as causas geradoras do crime, até sua insistente negativa de modernizar o sistema legal do Processo e do Direito Penal, recusando-se a humanizar (sem privilégios, mas com o cumprimento da lei) e a conferir a devida atenção ao sistema prisional.

Nessa linha, o IBCCRIM expõe sua posição sobre as principais questões surgidas com os fatos atuais:

Progressão para o cumprimento de penas: se o sistema progressivo é, inegavelmente, o mais apropriado para o tratamento dos condenados presos, tanto que previsto constitucionalmente, é necessário estabelecer novos percentuais, mais individualizados, de cumprimento da pena para o recluso progredir no sistema, elevando-se eventualmente o requisito temporal sempre considerada a idéia da pena individualizada. Nessa nova fixação de regras para progressão deve-se ter em conta tanto as características do delito praticado (natureza do bem jurídico ofendido, forma de cometimento, efetivação de violência contra a pessoa, entre outras) quanto

a fixação legal de regras disciplinares que formem um seguro sistema de análise do comportamento do preso, permitindo que só os merecedores realmente consigam atingir os vários estágios de cumprimento de pena. Nesse sentido já há na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.075/2001⁽¹⁾ que reforma toda a Lei de Execução Penal, modernizando-a e tipificando como faltas graves por exemplo o porte de qualquer aparelho de comunicação (i), a subversão da ordem e disciplina do presídio (ii) e fugir ou não retornar de saída temporária (iii).

O dito “acordo” entre autoridades públicas e líderes de facções criminosas: o termo “acordo” é impróprio para retratar a relação que deve haver entre as autoridades públicas e os presos, em situação de confronto absoluto. Se há reivindicações dos presos quanto a serem tratados de forma humana nas condições e regras previstas em lei, não há que se falar em acordo, mas em dever do Estado de cumprir a lei. Além disso, se os presos, por meio de atos de violência e instalação do medo na população, querem negociar algo diverso do previsto em lei, também não há que se falar em “acordo”, mas relação de verdadeira igualdade entre autoridades públicas e criminosos, já que a uma mesa de negociação e acordo somente sentam-se iguais em direitos. Ora, o Estado jamais se iguala em direitos a criminosos.

Controle de acesso de pessoas e coisas nos presídios: o Poder Executivo (Estadual e Federal) deve cumprir o art. 3º da Lei nº 10.792 que, desde 2003, determina que os “estabelecimentos penitenciários disporão de aparelho detector de metais aos quais devem se submeter todos que queiram ter acesso ao referido estabelecimento, ainda que exerçam qualquer cargo ou função pública”. Dessa forma, todos devem se submeter a aparelhos capazes de não apenas detectarem metais, mas, juntamente com essa capacidade, de serem aptos a distinguir a forma e natureza dos objetos, mesmo no interior de valises ou vestimentas, assim como se faz nas esteiras de todos os aeroportos brasileiros. A disposição legal não comporta exceções: começando pelos agentes públicos que trabalham no sistema prisional (do diretor do presídio até o mais simples funcionário), passando pelos defensores públicos, policiais, juízes, promotores públicos e terminando pelos familiares dos presos e pelos prestadores de serviços.

Gravação de conversa entre o defensor e o preso: inicialmente deve-se registrar que ninguém está acima da lei e que um diploma universitário, a aprovação em um exame de classe ou em um concurso público não conferem imunidade criminal a qualquer pessoa, esteja ela em função pública ou agindo de forma particular. Compactuar ou auxiliar qualquer pessoa no

Editorial

Índice

EDITORIAL:	
VIOLÊNCIA: CASO DE POLÍTICA	1
MANIFESTO:	
UM PLANO REAL PARA A SEGURANÇA PÚBLICA	3
TOQUE DE RECOLHER	4
Laurindo Dias Minhoto	
DA MÁFIA AO RDD	5
Roberto Delmanto	
“LEGISLAÇÃO PENAL DO PÂNICO” COMO RESPOSTA À CRISE DA SEGURANÇA PÚBLICA	6
Vinicius de Toledo Piza Peluso	
POLÍTICOS, MÍDIA E O FENÔMENO CRIMINAL NO BRASIL	7
Fabio Geraldo Veloso	
HEDIONDA DESIGUALDADE É MISTIFICADA DISCUSSÃO	8
Fernando Célio de Brito Nogueira	
O TRABALHO COMO CONDIÇÃO DE LIBERDADE NA PRISÃO PROCESSUAL	10
Alamiro Velludo Salvador Netto	
EVASÃO DE DIVISAS COMO CRIME ANTECEDENTE DO TIPO DE LAVAGEM DE CAPITAIS	11
Ricardo Sidi	
O SIMBOLISMO DA PROIBIÇÃO DAS PALMADINHAS	13
Mariana Barros Barreiras	
DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA EX OFFICIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO E AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO	14
Diogo Tebet da Cruz	
REFLEXÕES ACERCA DA PUBLICAÇÃO DAS CHARGES OFENSIVAS AO PROFETA MUHAMMAD SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS	16
Bernardo P. de Lucena R. Guerra	
O CONCEITO DE MULHER HONESTA E A HONESTIDADE DO SISTEMA PUNITIVO	18
Marcus Vinicius Amorim de Oliveira	

Caderno de Jurisprudência

EXECUÇÃO PENAL	993
PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA	993
REGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA	994
LIVRAMENTO CONDICIONAL	995
REMIÇÃO PENA	996
PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS	997
PENA DE MULTA	997
MEDIDA DE SEGURANÇA	998
MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA	999
EXECUÇÃO PROVISÓRIA	999
EXECUÇÃO DA PENA EM ESPÉCIE	1000
QUESTÕES PROCESSUAIS	1000

cometimento de crime torna a pessoa co-autora ou partícipe da infração e, portanto, como tal deverá ser tratada. Se há suspeitas fundadas de que uma pessoa está auxiliando o criminoso, deverão os órgãos oficiais de fiscalização solicitar as medidas necessárias para a investigação e processamento da pessoa (como por exemplo interceptação de comunicações telefônicas, busca e apreensão, quebra de sigilos bancário e fiscal). Isso deverá ser feito por meio de investigação que demonstre objetivamente essa condição. O que não se pode é apriorística e abstratamente tomar todos os defensores como auxiliares da criminalidade, pois sob esse preceito inconstitucional se esconde um inconfessado desejo de deixar os presos sem defesa e a mercê do Estado, deseja-se o fim do Direito de Defesa e a volta da pessoa à condição de vassalo e não mais de cidadão de direitos. Necessário recordar que, no Brasil, o advogado é o mais importante elo de ligação entre o preso e o sistema formal de justiça criminal. A investigação criminal deve se dirigir, com todo seu rigor, àqueles sobre os quais haja fundada suspeita de crime, desses o contato com os presos deve ser inclusive impedido. Quanto aos demais, em regra profissionais honestos, devem ser preservados inteiramente os seus direitos, sem os quais estará sendo irremediavelmente negada a ampla defesa (art. 5º, LV, CF).

Legislação criminal de emergência: devido à grande comoção e importância social dos últimos acontecimentos, acreditamos que esse momento seja o mais propício para a integração das atuações de todas as instâncias de Poder. Nessa esperança, deverá partir do Poder Legislativo a iniciativa de não ceder à errada tentativa de elaborar legislação pontual de emergência com a finalidade de iludir a população com uma produção desalinhada, inútil e ineficiente para resolver os problemas que são de todo um sistema, mais especificamente prisional. A base da discussão legislativa deveria ser o Projeto de Lei nº 5.075/2001 que, alterando 155 artigos e vários incisos da Lei de Execução Penal, torna, de modo sistemático, a legislação mais moderna e atual para a realidade carcerária de nosso século. Esse projeto deve ser o início de uma pauta de discussões, mas não o único. O Congresso deverá, com o apoio de todos os partidos políticos dispostos a prestar esse serviço à população brasileira, reunir suas lideranças e definir as linhas principais a nortear uma ampla comissão de especialistas nas áreas da Segurança Pública, dos sistemas penitenciários, das Ciências Criminais, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, de sociólogos e de especialistas em criminalidade organizada ou não, nacional

e internacional, para elaborarem propostas de ampla lei, visando a solução gradual e efetiva do problema da violência em todas as suas fases. Desse modo, os líderes do Congresso poderiam discutir a partir de um conjunto harmônico abrangente e eficiente de propostas, e apoiado por todos os setores da sociedade.

Da dita “violência policial”: é inadmissível e intolerável qualquer forma de violência, máxime as originárias das autoridades públicas responsáveis pela segurança do cidadão. Contudo, nesse momento, é necessário destacar a impossibilidade de se afirmar, com o mínimo de certeza, se houve ou não violência na contenção e investigação dos acontecimentos. Deve-se esperar que a apuração das condutas policiais possam ser analisadas e julgadas uma a uma, com transparência e isenção. O que se pode, desde já, **afirmar e repudiar com veemência é a conduta das autoridades responsáveis pela Segurança Pública de São Paulo que, descumprindo preceito constitucional (art. 37, caput, CF), retardaram e não divulgaram de modo completo as informações sobre as pessoas mortas e as condições em que essas mortes aconteceram.** Foi essa falta de atuação republicana que, mais uma vez, propiciou a desconfiança na atuação policial.

Regime Disciplinar Máximo: desde a Lei nº 10.792/2003 — e, mais remotamente, desde a Resolução 26/2001 da Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo — o RDD foi apresentado como a grande política pública de combate às organizações criminosas formadas desde os presídios. Os eventos, porém, mostraram amplamente a impropriedade dessa política. O grande equívoco foi o de, sob a roupagem de instrumento adicional de segurança, efetivamente estabelecer um sistema de tortura psicológica a contingentes massivos de presos que, no cotidiano de nossa experiência, acabaram sendo selecionados arbitrariamente. No Brasil, precisamos aprender a distinguir, de uma vez por todas, a autoridade, da mera brutalidade. A necessidade de regras mais graves e especiais de segurança — em si, inteiramente admissível e necessária na Administração Prisional — não tem por que implicar a submissão do condenado a um procedimento que vise subtrair sua saúde mental e emocional pelo isolamento e pelo ócio absolutos, cujo único resultado conhecido na história das prisões é o de produzir o enlouquecimento do indivíduo e, como resultado, graves consequências para a segurança de todos.

O papel da imprensa: em todo esse debate, é fundamental o papel da imprensa em sua atividade de informação e avaliação plural dos acontecimentos. Ao mesmo tempo, porém, a imprensa deve zelar por seu

compromisso com a verdade da informação, não se valendo para difusão de notícias incorretas e boatos sem qualquer base, como, infelizmente, ocorreu no recente episódio de São Paulo. O papel da imprensa certamente não é aquele de difundir o pânico social. Necessário recordar que a falsa idéia de que estamos assistindo a uma *guerra* — assim absurdamente denominada até por autoridades equivocadas — não serve para mais nada, senão para recrudescer a palavra seguinte, ou seja, que passamos a viver em um mundo *sem direito*, sem controle ou regras, em que tudo é permitido e que contra o inimigo tudo é possível, inclusive a eles igualando-nos quando, descumprindo a lei, respondemos com igual, brutal e impensada violência. A história de nosso País já nos mostrou, repetidamente, onde tais vozes pretendem afinal chegar.

Encerrado esses aspectos, cabe recordar que os acontecimentos de São Paulo não ocorreram por acaso e gratuitamente. Não são obras de homens isolados, mas de processos históricos mais amplos, complexos e importantes. Na base do que presenciamos agora está, infelizmente, o abandono quase completo de uma política penal conseqüente, capaz da percepção de que não bastam a captura e o aprisionamento do indivíduo, mas, e sobretudo, de que é preciso também pensar simultaneamente no momento em que esse indivíduo retornará à vida em liberdade. No entanto, e especialmente a partir dos anos noventa, abandonamos por completo essa política que havia sido formulada de modo inteligente entre nós. Apressadamente a substituímos por mera prática de aprisionamento de enormes contingentes da população, confinados massivamente e sem nenhum critério ou racionalidade, para muito além de qualquer capacidade do Estado brasileiro — com suas precariedades materiais e sobretudo humanas, de natureza sabidamente estrutural — para controlar essas multidões crescentes no interior de nossos presídios.

É um fenômeno trivial da política: a ausência do Estado implica o advento espontâneo de organizações informais e criminosas, com leis próprias, procedimentos, julgamentos e comandos. Isso é o que está na base de tais organizações criminosas e de seu crescimento descontrolado em nossos presídios. O acirramento de uma legislação penal puramente repressiva, somente considerando o aprisionamento de segmentos crescentes da população e nisso vendo esgotada toda a atuação do Estado no ciclo social da violência constituem, sabidamente, a matéria-prima mais propícia para nutrir tais organizações e fazê-las agigantar para ainda muito além do que vemos agora. Daí, portanto, o cuidado necessário neste

momento crítico que atravessamos. Medidas vazias de endurecimento da legislação penal certamente fomentarão ainda mais esse quadro caótico que vivemos, fazendo explodir nossas populações prisionais em índices absolutamente impossíveis de qualquer controle ou reversão. É nisso que o IBCCRIM vem insistindo desde o início, já

nos anos noventa, cumprindo o seu mais importante tarefa institucional e a justificativa mais expressiva de sua existência.

Nota

(1) Projeto cuja íntegra está publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 34, pp. 340 a 362.

MANIFESTO:

UM PLANO REAL PARA A SEGURANÇA PÚBLICA

A partir da crise de parte do sistema penitenciário e do anúncio de medidas legislativas que estão por serem aprovadas pelo Congresso Nacional, reafirma-se o compromisso com os preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito e da defesa do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desde a década de 90, o Estado mantém uma política legislativa simbólica, marcada pelo recrudescimento das penas, descurando-se do desenvolvimento de planos e estratégias públicas de minimização das desigualdades sociais. Raras são as inovações que correspondem a avanços ou concretizam as garantias reconhecidas pela Carta Cidadã. Raros foram os investimentos no campo social. O amargo sabor deste descompasso fez aflorar a ocorrência de motins e rebeliões nos estabelecimentos carcerários. Tidos, pelo poder público, como fatos isolados, escancaravam a quebra daquele, possibilitando, assim, revoltas de consequências graves e a tomada de decisões e medidas urgentes.

O Estado, ao invés de se enfrentar racionalmente o problema, enxergando, no preso, uma pessoa excluída, não implantou projetos de aproximação comunitária, nem transformou a estrutura prisional em um meio menos indigno. O Estado respondeu com enrijecimento de um sistema que é incapaz de gerir. Leis duras provocaram a superlotação das cadeias. O investimento em reformas ou construções de presídios menores, onde a Lei de Execução Penal fosse cumprida, não foi suficiente. Empilharam pessoas e, como preço, se abriu mão do controle das prisões, facilitando a criação de um "Estado paralelo". O Estado deixou de cumprir o seu papel e, como a biologia ensina, o meio mais concentrado tomou conta do menos concentrado. As quadrilhas ocuparam o espaço público e passaram a gerir as penitenciárias. Os dados eram de todos conhecidos. O largo distanciamento existente entre as propostas acadêmicas e as de ação concreta inviabilizaram a interlocução. A União pouco investiu na construção de presídios estaduais, deixando de repassar às unidades federativas as verbas do Funpen. Hoje o déficit de vagas é o triplo

do existente em 2002. Há em todo o país uma imensa superlotação carcerária. Assim, cresceu o "Estado paralelo", pela omissão do Estado.

Diante desse quadro e em ano eleitoral, surgem as soluções mágicas e os discursos de intolerância, tudo a fomentar as "Leis de Ocasão". A toque de caixa, o Senado vem aprovando medidas legislativas emergenciais que teriam o objetivo de "combater a criminalidade". Ao invés de se implementar uma política sobre a questão penitenciária, se pretende promover um inchaço da população carcerária. **O descontingenciamento de verba orçamentária destinada à segurança pública e aos presídios não tem sido exigido da área financeira do governo.** Medida simples que poderia transformar os depósitos de seres humanos num sistema prisional adequado às exigências constitucionais e legais.

Patrocina-se o mesmo erro da Lei dos Crimes Hediondos. Não focam o problema e vão ampliar o caos prisional. A solução da matéria passa pelo enfrentamento das mazelas sociais como a exclusão, a marginalidade, o sistema de saúde precário, a ausência de política educacional, de distribuição de renda e de um plano nacional de segurança pública que seja tido como uma política de Estado, não de Governo. O planejamento carcerário é medida de curto prazo que pode minimizar o caos. Não se conquista a paz social alijando. A inclusão é o ponto de partida. A "Legislação de Terror" exclui, além de afrontar o Estado Democrático de Direito. Ao contrário do sentimento que experimenta o leigo, o aumento imoderado e irracional de penas não produzirá consequências benéficas à sociedade. Há de se ter prudência na reação legislativa, sob pena de se destruir, mais uma vez, o sistema de penas.

MAT - Movimento Antiterror
ABPCP - Assoc. Bras. de Profs. de Ciências Penais
ITEC/RS - Inst. Transdisciplinar de Estudos Criminais
IBCCRIM - Instituto Bras. de Ciências Criminais
ICC - Instituto Carioca de Criminologia
MMFD - Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia
IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa
IPEC - Instituto Paranaense de Estudos Criminais

Editorial

Manifesto



IBCCRIM

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

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

1º VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2º VICE-PRESIDENTE:

Sérgio Mazina Martins

1º SECRETÁRIA:

Tatiana Viggiani Bicudo

2º SECRETÁRIO:

Theodmiro 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.

Se a magnitude dos eventos recentes impõe a necessidade de refletir sobre a intrincada questão do agravamento da violência na sociedade brasileira contemporânea, e que se expressa na reiterada constatação — entre sardônica e assombrada — do “a que ponto chegamos!”, e que nesta hora é sobretudo paulista, como fazê-lo em bases minimamente racionais num contexto em que o medo, o ressentimento, o maniqueísmo e a prescrição de miríades de panacéias simplificadoras parecem atestar o risco de toque de recolher de setores expressivos da inteligência nacional?

Para alguns, falta inteligência à polícia, sobra empreendedorismo aos bandidos. O negócio é endurecer sem perder a ternura, especialmente, o sagrado respeito à gramática dos direitos humanos que entre nós, como se sabe, foi sem nunca ter sido. Para outros, o problema está em que, numa sociedade marcada pelo mais desvalado macho-patriarcalismo, o negócio do crime seduz algumas de nossas crianças mais vulneráveis, que nele vêm confirmada a sua vontade de poder e uma alternativa para a construção de suas identidades, sem contar o tanto de adrenalina liberado na confraria dos bichos-soltos.

Não podemos nos esquecer também que há que desmascarar o segredo de polichinelo, ventilado por certa sociologia reducionista, de que crime é uma coisa, pobreza e miséria, outra. Quantos de nossos pobres (os melhores?) não constituem trabalhadores ordeiros que se resignam pacificamente aos efeitos deletérios da desindustrialização e da precarização generalizada das relações de trabalho? O que dizer então se levamos em conta que o país não cresce decentemente há quase trinta anos?

E se os novos sujeitos a empoderar pela última geração do negócio da caridade partem para a livre iniciativa da pirataria, da sonegação fiscal, dos bicos e incontáveis quebra-galhos ilícitos? Pelo menos, em sua grande maioria, são todos da paz. Dessa perspectiva, o problema só pode estar na escumalha recalcitrante de predadores irrecuperáveis que anda em bandos, fala ao celular e se reproduz em cativeiros.

Em meio a tanto irracionalismo, o racional aparece freqüentemente como louvação da segregação do espaço urbano, aprofundamento da privatização do espaço público, desejável ocupação das ruas pelo exército, inevitável mortandade de civis pela polícia, “política” de transferência de presos para a Ilha Anchieta, blindagem de carro da “minorias branca”, a que aludiu o espasmo intempestivo de

lucidez de certa autoridade, construção de rampas antimendigo etc.

Desorientação sociológica

Um tal amálgama de senso comum, oportunismo eleitoral e desorientação sociológica só vem reforçar a impressão de que também no campo das políticas de segurança pública a maldição lampedusiana fecha o cerco sobre nós: as coisas precisam mudar para permanecerem as mesmas. Por assim dizer, a viagem redonda do crime e da violência no país tem se alimentado sistematicamente da precariedade dos diagnósticos e do imediatismo das pseudo-soluções a que dá lugar, produzindo paradoxos de toda a sorte, que, salvo melhor juízo, cumpriria começar a investigar.

No país da questão social como caso de polícia, setores liberais bem-pensantes apregoam tolerância zero com a criminalidade. A julgar pelos inúmeros relatos de abusos policiais em Nova Iorque, está-se a sugerir nada mais nada menos que uma das corporações policiais mais violentas do planeta deixe de ser tão leniente e, finalmente, venha a se confirmar na prática secular de descer o porrete *sans phrase*, de preferência, dentro da legalidade, como de costume.

Para consertar um dos piores sistemas carcerários do mundo, em que os Carandirus integram a paisagem, prescreve-se a importação do modelo norte-americano do encarceramento em massa, em que estratos populacionais inteiros têm sido aprisionados, no bojo de todo um cortejo de autênticas conquistas civilizatórias: legislação draconiana, instituição de *supermax*, suspensão de direitos dos presos, recrudescimento da pena de morte e reedição das famigeradas *chain gangs* com efeitos simbólicos arrasadores. No fundo, como apontam inúmeros analistas, *Guantánamo* e *Abu Ghraib* indicam a extensão e a intensificação de práticas punitivas autoritárias hoje bem sedimentadas no berço da democracia moderna.

E por que não partir para a privatização de um sistema de justiça criminal em que a racionalidade pública do direito jamais imperou? Mais uma vez, o horizonte de rebaixamento jurídico-penal é norte-americano, em que o choque de eficiência capitalista vem produzindo proezas como cláusulas contratuais permissi-

vas de superpoluição carcerária, postergamento da concessão de benefícios aos detentos e normalização de trabalhos forçados, para ficar apenas nas mais notórias.

Regressão penal

A questão de fundo se relaciona, a meu ver, a um duplo processo pelo qual, no momento presente, mudanças internacionais de largo alcance no campo das políticas de combate ao crime e à violência se combinam de modo complexo a ingredientes peculiares à tradição de práticas de controle no Brasil, que hoje tendem a se

exponenciar com o naufrágio dos grandes projetos de integração nacional do século XX.

Para pôr as coisas em perspectiva, medidas como tolerância zero, encarceramento em massa e privatização de presídios constituem a resultante de um tremendo processo de regressão do discurso e das práticas jurídicas penais verificado no contexto dos países do centro, notadamente no anglo-saxão, com os Estados Unidos, por assim dizer, na vanguarda do atraso. Essa regressão tem a ver basicamente com a crise do Estado de Bem-Estar e o esgotamento de seu modelo de segurança pública, ao mesmo tempo que ela também reforça a manutenção e o aprofundamento de um amplo e variado repertório de práticas bárbaras de controle do crime, característico da história nacional, e que é reposto nestes tempos de reestruturação capitalista.

Em certo sentido, o que se verifica hoje no país do futuro é o paradoxo do consumo de modelos ideológicos truculentos de combate à violência cujas dimensões mais regressivas encontram-se profundamente enraizadas em nossa própria sociedade. Ou seja, em matéria penal, corremos o risco da importação de modelos de última geração que nunca deixaram de ser coisa nossa.

Por óbvio, um nó desse tamanho não se desfaz de hora para outra, nem tampouco se resolve pelo apelo reiterado a pseudodiagnósticos e soluções de fanfarraria. Como costuma acontecer em tais casos, eles contribuem para agravar a doença que pretendem combater. 

Laurindo Dias Minhoto

Professor do Departamento de Prática de Saúde Pública da USP

DA MÁFIA AO RDD

Roberto Delmanto

Quando a Máfia surgiu no sul da Itália, a região estava completamente esquecida pelo governo central. Pobres e menos pobres sentiam-se abandonados. Nas necessidades mais urgentes, a solução natural dos menos favorecidos era recorrer à pessoa mais rica da cidade ou do "paese". Aqueles tornavam-se devedores desta, formando-se, com o tempo, um poder secreto e paralelo ao poder oficial.

Nos últimos anos, a Máfia perdeu parte de sua força por duas razões básicas: grandes investimentos sociais e em infraestrutura na região meridional e leis penais mais inteligentes, permitindo que os *pentiti* (criminosos arrependidos) que denunciavam sua organização e seus comparsas tivessem total isenção de pena, ou seja, o perdão judicial.

O Brasil, há cinquenta anos, era, certamente, um país mais feliz. Embora predominantemente agrícola, tinha uma classe média forte e, em consequência, muito menos desnível social.

Hoje, apesar de sermos a 12ª economia do mundo, somos, pelo último levantamento do ONU, entre 140 países, o pior em distribuição de renda depois de Serra Leoa, na África. Esta é, indiscutivelmente, a causa maior do incrível aumento da criminalidade violenta e do crime organizado entre nós.

A exemplo do antigo sul da Itália, formou-se nas favelas e nos presídios um poder paralelo. Naquelas, o governo só se faz realmente presente nas invasões indiscriminadas que a todos, inocentes ou não, atingem. Quando um favelado precisa de um auxílio urgente, é ao traficante a quem ele recorre e, em geral atendido, de quem fica devedor...

Nas medievais cadeias brasileiras, das piores do mundo contemporâneo em superlotação, falta de higiene, de ventilação e até de espaço para se deitar, em total desrespeito ao ser humano — verdadeiras escolas do crime e propagadoras de doenças físicas e morais — a solução mais fácil para o jovem que lá entra e não quer ser violentado, agredido ou mesmo morto, mas apenas conseguir uma cela menos pior, é entrar para uma organização criminosa. Ela lhe dará proteção, mas, em compensação, dela ele se tornará devedor...

A sociedade brasileira, entre aturdida e perplexa, pensa que o Direito Penal e Processual Penal, com leis mais severas, como a dos crimes hediondos, lhe trará a sonhada segurança. Ledo engano, pois só a diminuição do nosso enorme desnível social, a contínua luta pela erradicação dos bolsões de miséria, e o investimento na infância e na juventude nos darão um futuro melhor.

Todavia, ao invés de leis penais e processuais-penais mais inteligentes, editamos leis mais rigorosas. A delação premiada entre nós não dá para o denunciante a mínima segurança; com exceção da lei de lavagem de dinheiro, não concede ao delator isenção de pena, mas apenas a diminuição desta. Ou seja, ao ser preso, ele sabe que irá ser morto na cadeia...

Outro exemplo é o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), com o qual, ferindo a Constituição e tratados internacionais por nosso país assinados, o governo paulista pretendeu retomar o controle dos presídios e desbaratar as organizações criminosas que os dominam. De forma cruel e desumana, causadora de distúrbios psicológicos e psiquiátricos, os que nele entram podem permanecer em diminutas celas, com pequenas aberturas para o exterior pelas quais passam apenas as mãos, por até mais de um ano. Em absoluto isolamento, sem rádio, televisão ou revistas, só saem das celas uma hora por dia...

O resultado disso só fez aumentar a revolta dos detentos e o número de rebeliões. Exemplo maior ocorreu agora, quando o governo estadual, para tentar evitar possíveis distúrbios no Dia das Mães, resolveu remover cerca de 750 presos, supostamente da cúpula de conhecida organização criminosa, para um presídio de segurança máxima, colocando parte deles no RDD...

Foi o estopim de uma crise carcerária que há tempos vinha se acumulando e chegou ao fundo do poço. O Estado bandeirante, principalmente sua Capital, viveram dias de verdadeira guerra civil, que só cessou - a exemplo do que costuma suceder na Colômbia, entre o governo e a guerrilha que controla parte considerável daquele país - com um não tão secreto acordo entre as autoridades estaduais e os líderes da facção criminosa.

Que o triste e histórico episódio nos sirva de alerta para corrigir os rumos enquanto ainda há tempo: o combate ao crime organizado só será eficaz com maciços investimentos sociais e em infraestrutura, com a edição de leis penais e processuais — penais que priorizem o uso da inteligência e da psicologia, ao invés da força, e com o estrito respeito à ordem legal e ao regime democrático, fora dos quais não haverá jamais salvação... 

Roberto Delmanto

Advogado, ex-membro do Conselho de Política Criminal e Penitenciária do Estado de São Paulo e do Conselho Superior do ILANUD

Roberto Delmanto



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

“LEGISLAÇÃO PENAL DO PÂNICO” COMO RESPOSTA À CRISE DA SEGURANÇA PÚBLICA

Vinicius de Toledo Piza Peluso

“...basta um pequeno fermento de maldade para fazer levantar uma massa enorme de estupidez...”
(Gabriel Tarde)

Diante dos recentes e gravíssimos acontecimentos no Estado de São Paulo, onde uma facção criminosa que domina as instituições penitenciárias promoveu, entre outros atos, rebeliões em quase todos os presídios paulistas, atentados contra o patrimônio estatal e o assassinato de agentes públicos — policiais civis, militares e outros servidores da área de segurança pública —, conseqüentemente acuando e amedrontando a população civil, chega-se à fácil conclusão de que a tão famosa crise da segurança pública se não chegou a seu apogeu está muito perto disso.

Por outro lado, tal situação, diga-se, crítica, foi inegavelmente nutrida, inflada e aumentada pelos meios de comunicação de massa, que, sob o argumento de apenas informar a população, instauraram uma verdadeira sensação de terror e situação de caos, especialmente — mas não só — na sociedade paulista, ante o tom popularesco, apocalíptico, dramático e sentimentalóide das notícias veiculadas, distanciando-se da boa e séria técnica jornalística, não sendo raro, entre outros descabimentos, os “famosos” apresentadores populares espalharem os boatos que circulavam, sem confirmar sua veracidade, e, pasmem, logo após, ao vivo, solicitarem que as produções dos respectivos programas o fizessem, somando-se a isso a aparição, concomitante com as notícias, dos “especialistas” — sempre os mesmos políticos, representantes de classe dos policiais, promotores de Justiça, magistrados etc. — que, com base no famoso discurso do *law and order*, conformavam o caos e imediatamente apontavam as drásticas medidas a serem tomadas. A população atônita não sabia o que de fato era verdadeiro, passando a reagir às informações de maneira irracional, já que a massa “*é extraordinariamente influenciável e crédula. Carece de sentido crítico e o inverossímil não existe para ela. Pensa em imagens que se ligam umas às outras associativamente, como nos estados em que o indivíduo dá curso livre à sua imaginação, sem que intervenha nenhuma instância racional para julgar até que ponto suas fantasias se adaptam à realidade. Os sentimentos da multidão são sempre simples e exaltados*”⁽¹⁾.

Não se está aqui a negar a gravidade da situação fática, mas, sim, alertar que parte desta se deve ao *mass media*, que, como

sempre, nega-se a fazer o *mea culpa* e assumir a parte que lhe cabe nos eventos⁽²⁾.

Nesse caldo emotivo, imediatamente surgiu o clamor público por soluções concretas e definitivas à insegurança e ao terror instalados na sociedade, pois “*é com sensações, falsas sensações às vezes, com mentiras para os olhos, e não para o espírito, que se sublevam as multidões*”⁽³⁾, ocorrendo que “*da indignação, muito freqüentemente justificada, contra uma ordem social, passa-se fatalmente à cólera que maldiz os beneficiários dessa injustiça e ao ódio que os mata*”⁽⁴⁾.

E, como se houvesse surpresa, os atos e preocupados políticos brasileiros, quase que instantaneamente, apresentaram-se e discursaram perante os meios de comunicação de massa, prometendo um “pacotão” de medidas legislativas penais urgentes e salvadoras da crise de segurança pública, a serem votadas em tempo recorde, já denominadas corretamente pela mídia como a “legislação do pânico”.

Entretanto, tais soluções inadiáveis, especialmente a legislativa, não podem e não devem ser tomadas emocionalmente — como se diz popularmente “*decididas com o fígado*” — sem uma detida análise profunda, crítica, racional, e, portanto, séria, de todos os fatos envolvidos em tão complexa problemática, sendo impossível que a mesma venha a ser solucionada em pouquíssimo espaço de tempo — quase às raias do imediatismo — e mediante a simples edição de algumas normas penais específicas, cujos projetos, diga-se, encontravam-se dormitando nas gavetas do Congresso Nacional há quase uma década, confirmando com esta atitude a frase de Schiller, onde “*cada um, tomado isoladamente, é passavelmente inteligente e razoável; reunidos num corpo, imediatamente saíam deles um único imbecil*”⁽⁵⁾.

Também nenhuma dúvida existe sobre qual será o conteúdo da referida “legislação penal do terror” — inclusive porque já alertei anteriormente sobre a situação que ora vivemos, cuja tese, creio, está sendo inteiramente confirmada⁽⁶⁾ — que estará embasada no discurso político do *law*

and order, de cunho funcional, através das funções simbólica e promocional da legislação, onde “*o Direito Penal e todo o seu instrumental repressor passa a ser utilizado para a consecução de fins políticos, que acaba se tornando um dos fins centrais do mesmo, justificando-se na opinião pública e na sua demanda por segurança, provocada pelos meios de comunicação*”⁽⁷⁾, inclusive porque, como afirmado, “*esse subterfúgio legislativo é utilizado em momentos de crise econômica, social e política, já que estes geram maiores sentimentos de insegurança, que podem ser manipulados politicamente por*

uma política criminal hipócrita, inútil e desproporcional”⁽⁸⁾, como exatamente ocorre no presente onde estamos às vésperas de uma eleição presidencial e submergidos em uma grave crise institucional, política e social.

Encontramos nos diante de uma situação sociopolítica crítica e perigosa, sendo inegável a necessidade de mudanças estruturais complexas e profundas, mas devemos estar atentos ao Estado Democrático de Direito e à Constituição Federal, sob o risco de que o terror instalado por uns não se transforme no terror instalado pelo próprio Estado e voltado, conseqüentemente, contra todos. ●

Notas

- (1) Cfr. FREUD, Sigmund. *Obras Completas*, Rio de Janeiro: Editora Delta S.A., 1959, v. VI, p. 14.
- (2) Sobre a questão: PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. “Sociedade, *Mass Media* e Direito Penal. Uma Reflexão”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, publ. do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Ed. RT, n° 39, jul./set., pp. 175/188.
- (3) Cfr. TARDE, Gabriel. *A Opinião e as Massas*, trad. Luis Eduardo de Lima Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 205.
- (4) *Op. cit.*
- (5) *Apud* FREUD, Sigmund. *Op. cit.*, p. 13, nota n° 10.
- (6) V. PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Op. cit.*
- (7) *Op. cit.*
- (8) *Op. cit.*

Vinicius de Toledo Piza Peluso
Juiz de Direito em São Paulo
e professor universitário

Vinicius de Toledo Piza Peluso

I. Noções preliminares

Nada mais óbvio do que a constatação de que a sociedade brasileira encontra-se, cada vez mais, à mercê da sorte traçada por um rumo que se direciona ao colapso, sobretudo no que diz respeito à crescente e alarmante escalada da criminalidade. Como era a sua vida há 20 anos atrás?

A discussão que se apresenta parte do pressuposto de que o controle da criminalidade tem por base o planejamento e a execução de políticas públicas efetivas e a necessária adesão da sociedade àquelas respectivas medidas que, por sua vez, devem ser implementadas pela formação da opinião pública originária dos meios de comunicação de massa.

II. Políticos X política criminal

Com vistas ao controle do terror que aflige toda estrutura social, os políticos têm decidido por executar algumas medidas, que há muito já se mostraram anacrônicas e inadequadas, visando, inclusive, agradar a opinião pública, conduzida e manipulada pela mídia e pelas entidades não-governamentais, fundadas com objetivos ligados à implementação do “combate ao crime” e da “pacificação social”.

Note-se que se tem buscado convencer a população — se já não convenceram — de que a progressiva escalada da criminalidade é causada pelas drogas, pelas “diminutas” penas etc., tudo levando a crer que a opinião desses respeitáveis “políticos”, “jornalistas” e “pacifistas” é permeada pela certeza de que o castigo “brando” e os instrumentos e produtos criminosos é que determinam a prática do crime.

Certamente, conceber desta forma seria subestimar demais a capacidade e o intelecto daqueles obstinados.

A democracia que vige no Brasil é mantida de forma viciada, pois, inevitavelmente, a classe dos políticos (na sua aparente maioria) estaria em crise se o povo fosse mais consciente de suas responsabilidades e de seu valor para com o Estado.

Como falar em democracia se são sempre os mesmos distintos senhores que ocupam as posições de poder, mudando só de cargo, como se as eleições fossem apenas uma “dança das cadeiras” ao som das marchas das campanhas milionárias?

Ora, sem falar do baixo nível de instrução do povo brasileiro, que sempre se deixou manipular por promessas milagrosas e opiniões totalmente desprovidas de legitimidade — ao menos no que concerne à prevenção criminal. Tudo em prol da conquista e da manutenção do poder, dos cargos e dos favorecimentos de toda ordem, na utilização oportuna e convenient-

te de algumas das principais mazelas sociais brasileiras: a ignorância do povo, a falta de discernimento político e, até mesmo, pela deficiência de memória e amor.

Os “manipuladores” (comunicadores) e os “interessados” (políticos) conhecem bem o problema criminal, mas sabem que, no curto período do mandato político, não se conseguirá diminuir, sequer eliminar, um problema tão complexo como o da criminalidade; muito menos gostariam os titulares de deixar “de mão beijada” um projeto viável, eficiente e iniciado para o seu provável sucessor ter, ao menos, parte do crédito. Em contraposição, se um sucessor desse continuidade à realização de um projeto eficaz iniciado pelo seu antecessor e assim obtivesse resultados positivos, confirmaria os méritos do “inimigo” político-partidário.

Sabe-se que as medidas efetivas para a mudança da atual realidade sociocriminal, ainda que implementadas com todo o vigor, levarão um bom tempo até que comecem a surtir resultados sensíveis, e o que é pior: medidas a longo e a médio prazos *não dão votos*.

Não obstante, a situação atual tem conseguido fazer com que a criminalidade seja um assunto muito discutido nas eleições, rendendo votos — o que é importante — e a conseqüente conquista do pleito. Logicamente, o combate à criminalidade é um objetivo e um interesse totalmente legítimo, mas como ele tem sido planejado e executado, deixa dúvidas.

Combate à criminalidade difere muito do *combate ao criminoso*, muito mais ainda do *combate aos produtos e objetos do crime*. Constatase então que o povo tem sido vítima do seu próprio senso de responsabilidade e consciência política, não só dos bandidos.

E o que falar das favelas, que crescem desordenadamente em uma progressão espantosa? O poder público tem mesmo fechado os olhos para esta realidade? Pois é, afinal, o povo desamparado, mal instruído e miserável vota por qualquer promessa, por qualquer recompensa ou pelo menor favorecimento.

Em favelas do Estado do Rio, ainda se vêem placas nas entradas das favelas com nomes de políticos: os pais daquela realidade, mantidos no poder por aquele povo eternamente enganado. Ora, por óbvio, importa também é que se esteja sempre em estado de crise, pois assim, em seus discursos, tais políticos só precisam falar mal do atual governo para conquistarem mais alguns milhares de votos indignados.

III. Mídia X comunicação social

Recentemente, campanhas promovidas

por entidades e empresas de comunicação vinham tentando colaborar com os políticos, colocando a culpa da criminalidade nas armas de fogo e até nas *de brinquedo*, retirando-se o foco do real problema social, que, além de provocado, tem sido enfrentado de maneira totalmente ineficaz pelos governos.

Será que já não perceberam que as medidas adotadas na atualidade são a continuidade de um círculo vicioso que não modifica em nada o trato do problema em questão desde a Idade Média?

Como um pequeno exemplo, o valor gasto com a manutenção do sistema penal e com a retirada de armas velhas, obsoletas e/ou ineficazes das mãos da população ordeira talvez poderia ter sido melhor utilizado na produção de dignidade, bem-estar etc., pois, basicamente, o custo de cada segregado para os cofres públicos pagaria pelo sustento de sua família e incentivaria sua atividade produtiva.

O aumento das penas, gastos com viaturas novas, admissão de policiais aos tranços e barrancos através dos famosos concursos “bumba-meu-boi”, armamento modernizado, delegacias informatizadas e remodeladas não derivam de medidas concernentes à efetiva prevenção criminal. Quando muito, conseguem dissuadir o infrator potencial e diminuir o surto de pavor provocado na sociedade com as sempre recentes tragédias diárias. Não passa de propaganda política.

Neste caso, é importante também aprender a não confundir *prevenção criminal* com *segurança pública*.

Oportuno reportar-se ao que leciona **Antonio Garcia-Pablos de Molina**⁽¹⁾, asseverando que a prevenção criminal é mais ampla e distinta das medidas que visam dificultar o cometimento de crimes ou dissuadir o infrator potencial ameaçando-o de castigo — cada vez maior —, de forma que, somente intervindo nas raízes e causas do fenômeno criminal é que se produzirão resultados mais satisfatórios.

As referidas *raízes e causas* já são bem conhecidas: a cultura social, a ausência total de controle populacional, a decorrente falta de emprego, a má distribuição de renda, a falta de políticas públicas legítimas para melhoria nas áreas da educação, saúde, habitação, lazer etc.

Ressalte-se que, os pobres e os mal instruídos também são eleitores e, por serem maioria, eles é que devem ser “agradados” (mantidos), para que possam também manter os que estão na política. Acabar com a miséria e com a ignorância seria acabar com os eleitores dessa atual políti-

ca, que parece ter como lema: “*Dê o peixe, mas nunca os ensine a pescar*” (Educação) - O Brasil tem fome? Dê comida... (Fome Zero).

Influenciar na opinião e no modo de ser das pessoas — “*crentes na vida transbistórica, descrentes do mundo, apaixonadas pela mídia etc.*” — é tarefa árdua e complexa, porém necessária se quiserem efetuar significativas modificações rumo à paz social e ao bem querer comum. Realmente, isso é tarefa para quem estiver disposto a fazer uma longa incursão em torno das questões antropológicas, sociológicas, etnológicas etc., utilizando-se de meios que possam atingir o maior número de indivíduos, sejam eles de qual classe forem.

Destarte, reconhece-se que seja impossível estabelecer paradigmas na ordem do humano — como leciona o insigne professor **Aquiles Côrtes Guimarães**⁽²⁾, asseverando serem as vontades incontroláveis, entendendo-se o exercício do poder somente na incontrolabilidade das vontades, embora todas estas se manifestem nos atos de eleição dos seus representantes.

Quem sabe um dia os meios de comunicação não deixarão de induzir e apoiar o anacronismo das viciadas medidas políticas, passando à conscientização desinteressada?

Atentando e provocando sensivelmente o corpo social, talvez ele mesmo inicie aos poucos a promoção de verdadeiras

mudanças no seu seio, contribuindo com melhores candidatos, exercendo com virtude a **cidadania** e a **Democracia**.

Complementa-se o argumento acima lembrando que: “*quem detém a comunicação, detém o poder*”, pois: “*Se é a comunicação que constrói a realidade, quem detém a construção dessa realidade detém também o poder sobre a existência das coisas, sobre a difusão das idéias, sobre a criação da opinião pública*” (**Pedrinho A. Guareschi**⁽³⁾).

Porém, com o exposto e diante do conteúdo disponível na mídia, nota-se que a função social dos meios de comunicação encontra-se totalmente desvirtuada, pois, como se tem constatado, a má atuação desses meios na criação, transmissão, mudança, legitimação e reprodução cultural, através da veiculação de cada filme, novela, programas, propaganda, campanhas etc., está levando a sociedade a se conduzir de modo totalmente inconveniente, rumo a um progresso direcionado às incertezas e à dor. Antes de se dizer não à censura, deve-se dizer SIM à **Comunicação social**!

IV. Conclusão X utopia

Portanto, parece que soluções políticas legítimas, apoiadas de maneira desinteressada pelos meios de comunicação, ainda que importem em sacrifícios para cada indivíduo, tornariam-se totalmente viáveis e eficazes, às custas do tempo e

das mudanças culturais.

Deixaria o povo de viver como vítima de uma *oligarquia mal caráter* ou de uma *democracia demagógica*, para serem cidadãos de um Estado Democrático de Direito, que ainda não se conhece como se prega.

Mas, ainda que se esteja tentando contribuir com uma opinião bem intencionada, finaliza-se com a pergunta: “*Qual o peso social na formação da consciência coletiva que existe entre um apresentador de TV e o peso social na formação da consciência coletiva do mais renomado pesquisador?*”⁽⁴⁾. 

Notas

- (1) **MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de**. *Criminologia: Introdução a seus Fundamentos Teóricos*, 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2002, p. 398.
- (2) **GUIMARÃES, Aquiles Côrtes**. *Pequena Introdução à Filosofia Política*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 3.
- (3) **GUARESCHI, Pedrinho A.** (org.). *Comunicação e Controle Social*, 5ª ed., Petrópolis: Vozes, 2002, p. 15.
- (4) **PEGORARO, José**. *A Incomunicação na Sociedade Eletrônica em: Comunicação e Missão da Igreja*, São Paulo: Paulinas, 1989, p. 18.

Fabio Geraldo Veloso

Advogado, professor universitário, especialista em Direito Penal e Processual Penal, pós-graduando em Docência Superior e doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais

HEDIONDA DESIGUALDADE E MISTIFICADA DISCUSSÃO

Fernando Célio de Brito Nogueira

“*Alega-se a inconstitucionalidade do regime [de cumprimento de pena privativa de liberdade] imposto(...). Esta Corte tem deferido medida liminar para afastar o óbice do regime fechado imposto, até que a questão da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 seja decidida pelo Plenário do STF (v.g., HC nº 84.712, 1ª T, Pertence, DJ 06.10.04; HC nº 84.396/MC, Gilmar, DJ 21.6.04; HC nº 84.036, 1ª T, M. Aurélio, DJ 25.6.04, HC nº 84.122, 1ª T, M. Aurélio, DJ 27.8.04; HC nº 84.801, Eros, DJ 04.11.04). Este o quadro: 1. Defiro a liminar, tão-somente para afastar o óbice do regime fechado imposto, até que a questão da constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 seja decidida pelo Plenário desta Corte, cabendo ao Juízo das Execuções, como entender de direito, analisar a eventual presença dos demais requisitos. Brasília, 25 de abril de 2005. Ministro Sepúlveda Pertence - relator - HC nº 85808 MC/DF.*”

E, em apertada votação, a liminar con-

cedida pelo Supremo Tribunal Federal tornou-se definitiva, em fevereiro último, declarada por maioria de votos a inconstitucionalidade do preceito contido no art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº 8.072/90, que prevê o cumprimento da pena *em regime integralmente fechado* nos delitos hediondos e equiparados.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus*, tem sido considerada prenúncio de novos tempos para os defensores do chamado Direito Penal mínimo.

Reafirma os princípios constitucionais da individualização da pena, da presunção de inocência e da proporcionalidade.

Esses novos ventos do Direito Penal, embora contem com o aplauso de dedicados advogados criminalistas, não serão bem aceitos por significativa parcela da sociedade, acuada pela criminalidade crescente, por muitos daqueles cuja tarefa consiste em reprimir e prevenir crimes

e nem tampouco — obviamente — pelas vítimas e familiares de vítimas dos chamados crimes hediondos, elencados numa lei federal (a Lei nº 8.072/90), que pelo andar da carruagem talvez esteja com seus dias contados numa de suas principais disposições, ao prever o cumprimento da pena *em regime integralmente fechado* nos crimes de que trata.

Situações de injustiça e iniquidade, contudo, têm se desenhado em face da interpretação daquela Corte de Justiça, resultando em hediondo tratamento desigual a situações que nem sempre se desiguam:

Na *esmagadora maioria dos casos*, apenas os réus que podem arcar com honorários de advogado impetram ordem de *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal e perante o Superior Tribunal de Justiça, beneficiando-se desses novos ventos do Direito Penal. Réus pobres não vão a Brasília nem mesmo em excursões... Estes permanecem normalmente sob o tra-

➔ tamento previsto na Lei nº 8.072/90 e para eles os ventos continuam mais rigorosos.

Mesmo após a decisão do STF, boa parte do Poder Judiciário ainda não tem admitido o eco daquela concepção em suas sentenças. Há quem entenda — e não sem boa dose de razão — que a decisão do Pretório Excelso apenas produz efeitos na ação penal em relação à qual foi proferida, ou seja, sem ação direta de inconstitucionalidade do preceito, a declaração havida fica restrita àquele caso concreto. Sobre a declaração incidental de inconstitucionalidade, o eminente constitucionalista **José Afonso da Silva** ensina:

“Em primeiro lugar, temos que discutir a eficácia da sentença que decide a inconstitucionalidade na via da exceção, e que se resolve pelos princípios processuais. Nesse caso, a arguição da inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento incidental tantom, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. E a sentença é declaratória. Faz coisa julgada no caso e entre as partes. Mas, no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferir, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executividade...” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 54) (destaques do original). Atribuição privativa do Senado Federal (art. 52, X, CF).

É necessário, ademais, que se desmistifique a discussão instalada em torno da Lei dos Crimes Hediondos, pois essa lei não é o único instrumento presente em nossa legislação para tratar com mais rigor os crimes mais graves, que mais atentam contra a integridade do tecido social. Temos regras que integram o Direito Penal e o Direito Processual Penal antes mesmo da edição da Lei dos Crimes Hediondos. Regras que, certamente, sempre permitirão dispensar tratamento mais ri-

goroso aos delitos mais graves.

O juiz, na fixação da pena e do regime inicial de cumprimento, tem como bússola o art. 59 do Código Penal, as chamadas circunstâncias judiciais, que o magistrado deve considerar ao sentenciar: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima.

Essas diretrizes, na prática, são o instrumento que permite aplicar penas proporcionais aos crimes que se deve reprimir e prevenir. Não se justifica, por exemplo, aplicar 3 anos de pena ao pequeno traficante de periferia, apanhado com 10 papелotes de cocaína, e fixar a mesma reprimenda para alguém que pratique o tráfico em escala empresarial, com laboratório para preparação de toneladas de cocaína, utilização de aeronaves e arrojo do sistema de distribuição da droga. Do mesmo modo, o que será mais grave? O tráfico de drogas praticado dentro de uma casa de prostituição ou aquele que se pratique dentro de uma escola, casa de saúde ou presídio?

Daí a importância do art. 59 do Código Penal, cujas diretrizes permitem distinguir uma situação de outra na fixação da pena, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade e estabelecendo-se penas justas e adequadas aos crimes que se tenha em mira. E também regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade compatível com o fato que se pretenda reprimir e prevenir.

Além dessas diretrizes, que devem ser levadas em conta pelo magistrado no momento da sentença, o Código de Processo Penal contém regra geral que permite a prisão preventiva do autor de determinados crimes, por garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para que se aplique a lei penal (art. 312 do Código de Processo Penal). Essa medida de cautela, obviamente, poderá ocorrer antes mesmo da sentença, sem que tradu-

za ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, desde que as circunstâncias e a gravidade do caso concreto recomendem sua necessidade.

Cabe lembrar que a Lei dos Crimes Hediondos proibiu a progressão, mas não vedou o livramento condicional, cumpridos 2/3 da pena (art. 83, V, CP, acrescentado pela Lei nº 8.072/90), desde que o condenado não seja reincidente específico.

Assim, muito embora o grande público muitas vezes pensasse que os autores de crimes hediondos, uma vez condenados, cumpririam na prisão a integralidade de suas penas, isso na prática obviamente não acontecia, salvo no caso do reincidente específico.

A solução da controvérsia talvez chegue pelo Projeto de Lei nº 6.973/2006, encaminhado pelo Poder Executivo Federal, ora em tramitação no Congresso Nacional, e que prevê, em seu art. 2º, § 3º, que a pena privativa da liberdade nos crimes hediondos será cumprida em regime inicial fechado, com a possibilidade de progressão depois de 1/3 de cumprimento para primários e metade no caso de reincidentes.

O projeto tenta conciliar, de um lado, um Direito Penal mais voltado ao indivíduo, inspirado em razões humanísticas, ao prever a possibilidade de progressão prisional mesmo nos crimes hediondos, com a necessidade efetiva de tratamento mais rigoroso para tais crimes, de outro lado, afastando tais delitos da incidência da regra geral de possibilidade de progressão prisional, uma vez cumprido 1/6 da pena (art. 112, LEP).

Oxalá não fique a sociedade desprotegida e nem se torne a desigualdade, no trato de situações por vezes iguais, regra incompatível com o Estado Democrático de Direito que buscamos. ☺

Fernando Célio de Brito Nogueira
Promotor de Justiça de Barretos (SP)

LEIA NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº 60 - MAIO-JUNHO/2006

- *Direito Penal e Direito Sancionador. Sobre a identidade do Direito Penal em Tempos de Indiferença* - **Fabio Roberto D'Avila**
- *Causalidad y Determinación - El Problema del Presupuesto Ontológico en Ambitos Estadísticos o Probabilísticos* - **Gabriel Pérez Barberá**
- *Insider Trading* - **José Raimundo Leite Filho**
- *Garantias Constitucionais e Prisões Motivadas por Conflitos Agrários no Brasil* - **Renato Sérgio de Lima e Juvelino Strozake**
- *Derecho Penal Económico, Criminalidad Organizada y Unión Europea* - **Vincenzo Musacchio**

Já estão disponíveis os valores para renovação da assinatura da **Revista Brasileira de Ciências Criminais** para o ano de 2006/nºs 58 a 63.

Associados do **IBCCRIM** gozam de 30% de desconto e o valor total pode ser dividido.

A renovação poderá ser feita pela internet www.ibccrim.org.br ou pelo Departamento de Vendas da RT: 0800-702-2433.

Há séculos o trabalho do homem em sociedade é detidamente estudado pelos mais variados pensadores das ciências humanas. Autores maiores como **Durkheim, Weber e Marx**⁽¹⁾ já empreenderam pesados esforços no caminho de formular conceitos capazes de permitir a exata compreensão da atividade laborativa dentro de um mundo de sentidos sociais. Tanto os estudos do trabalho em suas caracterizações e divisões, quanto os posicionamentos centrados em sua faceta material de um produto subfaturado e formador da *mais-valia*, apontam para a real importância do tema. Assim, o certo é que definitivamente a ocupação humana possui um significado amplo, espelhando uma determinada realidade, ou seja, certa ideologia que o faz não apenas necessário à sobrevivência no mundo do capital, mas, mais do isso, um mecanismo de identificação e expectativa, apto a formatar arquétipos e classificar um cidadão.

A sociedade atual erige-se através da força de trabalho. Atividades não remuneradas ou rentáveis, não obstante existam, não importam na forma decisiva como os homens estabelecem suas relações para a produção social da riqueza. A formação escolar e suas opções dirigem-se, com o foco fundamental, à preparação dos alunos ao mundo competitivo do mercado. A universidade cada vez mais tem o mesmo cenário como objetivo, fechando gradativamente seus espaços para formas distintas de conhecimento. O homem, assim, é também identificado de acordo com a tarefa que exerce, influenciando sua posição social e seu próprio conceito de sucesso.

O Direito, evidentemente, não enxerga este universo de modo diverso. Ao contrário, o seu discurso atualiza e ao mesmo tempo reproduz esta realidade. Nesse sentido, o Direito não diz somente como as coisas *“devem-ser”*, porém ratifica normativamente aquilo que já *“é”*⁽²⁾. Seu discurso prescritivo — acionador de uma sanção violenta na esfera penal — não contém somente um comando imperativo, mas espelha uma maneira específica de organização social, a qual tem como função proteger e garantir sua eficiência e funcionalidade. A complexa relação entre Direito e Trabalho aperfeiçoa-se no fenômeno jurídico produzindo consequências, dentre as quais aquelas que afetam, devida ou indevidamente, ao sistema penal⁽³⁾. O fato de um cidadão não trabalhar, por

exemplo, implica — ou pode implicar — na tipificação de *“vadiagem”*, constante na Lei das Contravenções Penais. Significa também o constrangimento do interrogando quando questionado pelo magistrado acerca de suas ocupações e motivos do não exercício de uma profissão, tendo em vista a literalidade do § 1º do art. 187 do Código de Processo Penal. Senão bastasse, o art. 59 do Código Penal, fundamento inicial de fixação da pena, obtém, tantas vezes, a complementação do seu conteúdo por meio de avaliações que passam pela ocupação do sentenciado, sendo capaz de chegar ao limite de distanciar-se de um Direito Penal do fato e atuar como a régua que coloca em suas medidas o autor submetido à apreciação judiciária.

Nesse sentido, o trabalho se jurisdicionaliza criminalmente, gerando consequências normativas materiais, desconfortos subjetivos diante de uma atividade persecutória e, principalmente, a própria manutenção da privação de liberdade. O questionamento reside, portanto, nesta última afirmativa, ou seja, qual a possibilidade ofertada pelo ordenamento jurídico brasileiro de se fazer — como jurisprudencialmente se faz especificamente no tocante à prisão processual — a vinculação objetiva entre a condição de trabalhador e o exercício da liberdade provisória.

Através de uma aproximação legislativa tal hipótese não parece possível. O sistema de prisão e liberdade, depois do advento da Constituição Federal de 1988, sofreu modificações compreendidas na possibilidade de soltura em face da inexistência das hipóteses autorizadoras da custódia cautelar. Consagrou-se definitivamente a liberdade como regra e a prisão processual como medida excepcional. Os critérios deste juízo vinculado e discricionário estão presentes no art. 312 do Código de Processo Penal. Isto implica que apenas será mantido ou remetido ao cárcere o acusado que cria dificuldades ao interesse da instrução processual, atenta contra a ordem pública ou econômica, e, ainda, apresenta possibilidades de frustrar a execução da pena. Importa perceber que a legislação não menciona o fato do indivíduo trabalhar ou não, o que culmina, a princípio, na absoluta indiferença do legislador, neste aspecto, quanto a esta parcela da vida social de uma determinada pessoa.

A partir do momento, portanto, em que se vincula jurisprudencialmente a

liberdade ao trabalho, o discurso jurídico dos aplicadores cria um empecilho adicional, rompendo com a legalidade imaneente às relações jurídicas próprias do processo. A postura adotada, portanto, parte de um complicado sofisma, pois quer transparecer que se o sujeito não trabalha é possível pressupor a ocorrência daqueles requisitos mencionados. Em outras palavras, não possuir trabalho significa atentar contra a ordem pública ou até mesmo, por si só, apresentar maiores possibilidades de se eximir do cumprimento do eventual mandamento sancionador. Quem não trabalha, destarte, está fora dos padrões da sociedade do ideário coletivo e, assim, deve ao menos ser neutralizado durante a atividade persecutória. Aquele que não se conforma com os padrões necessita de adequação ética, disciplina rígida, introdução de regras e, tudo isso, se faz, nesta lógica, através da privação da liberdade imediata⁽⁴⁾.

Esta forma de raciocinar, todavia, permite apontar uma clara dissonância entre o trabalho como ferramenta educativa e os corolários postulados pelo Estado constitucional brasileiro. Os fundamentos da Constituição apontam para o trabalho como um valor social, da mesma forma que demarca a dignidade da pessoa humana, compreendida como um caminho republicano, *“pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico, contrária a qualquer tipo de ‘fixismo’ nesta seara”*⁽⁵⁾. Exigir o trabalho para conceder a liberdade provisória, além de ilegal, consiste em forçar o cidadão à algo que verdadeiramente ele não está obrigado, dentro de uma percepção mínima do princípio da legalidade negativa adstrita aos particulares. Uma decisão desta natureza mantém a custódia processual pela exclusiva falta de trabalho, desvinculando-se por completo das condições criminais que fomentam a possibilidade de restrição de liberdade. O sujeito, em suma, não está restringido cautelarmente, mas, de fato, pela simples condição de não exercer uma tarefa, a qual, englobada dentro de um conjunto de valores impositivo, por si mesma acaba por justificar a violência prematura do Estado.

Talvez fosse ainda necessário salientar a juventude dos reais alvos da seletividade do sistema penal brasileiro, bem como o despreparo para o trabalho resultante de um modelo que não oferece as mínimas condições de educação e oportunidades no mercado. O mais estranho, po-

rem, encontra-se no fato de que o mesmo Estado que abandona, marginaliza e não oferta o substrato mínimo para a atividade profissional, retorna tempos depois e justifica sua coerção irracional com argumentos sediados em sua própria deficiência e moralidade. 

Notas

- (1) Dentre as obras dos autores **DURKHEIM, Emile**. *Da Divisão do Trabalho Social*, 2ª ed., trad. **Eduardo Brandão**, São Paulo: Martins Fontes, 1999. **WEBER, Max**. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, trad. **José Marcos Mariani de Macedo**, São Paulo: Companhia das Letras, 2004. **MARX, Karl**. *O Ca-*

pital - O Processo de Produção Capitalista, v. 1, 2ª ed., trad. **Reginaldo Sant'ana**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

- (2) Nesse sentido: **MIAILLE, Michel**. *Introdução Crítica ao Direito*, 2ª ed., trad. **Ana Prata**, Lisboa: Editorial Estampa, 1994.
- (3) O sistema penal aqui é compreendido como o aparato formal por meio do qual o Estado exerce o monopólio da violência criminal. Vide: **RIVERA BEIRAS, Iñaki** (coord.). *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*, Barcelona: Anthropos, 2005, p. 23.
- (4) A noção de aprendizado ético e disciplinar pelo trabalho é reiterada pela própria doutrina jurídica, infelizmente imaginando este processo como válido dentro de um contexto de dignidade da pessoa humana e autode-

terminação. Sobre o trabalho penitenciário, por exemplo, **MIRABETE, Julio Fabbrini**. *Execução Penal*, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 88.

- (5) **SARLET, Ingo Wolfgang**. "As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível", in: **SARLET, Ingo Wolfgang** (org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39.

Alamiro Velludo Salvador Netto
Mestre, doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP e pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha)

EVASÃO DE DIVISAS COMO CRIME ANTECEDENTE DO TIPO DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Ricardo Sidi

O presente estudo pretende analisar a possibilidade de formação do tipo de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei nº 9.613/98) dependendo de qual seja o crime antecedente e, especialmente, quando este for o de evasão de divisas (art. 22 e parágrafo único da Lei nº 7.492/86), tão utilizado ultimamente para viabilizar capitulações de inquéritos em lavagem de capitais. Longe de esgotar o tema, o estudo traz uma questão que merece a atenção da doutrina.

O art. 1º da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de dinheiro) está assim redigido: "*Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime: I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II - de terrorismo e seu financiamento; III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV - de extorsão mediante seqüestro; V - contra a Administração Pública ...; VI - contra o sistema financeiro nacional; VII - praticado por organização criminosa. VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. ...)*".

Os crimes constantes do rol são aqueles que o legislador considerou de alta gravidade e reprovabilidade.

A ocorrência prévia de um desses crimes constitui elemento normativo do tipo de lavagem de capitais⁽¹⁾ (art. 1º, caput e §§ 1º e 2º da Lei nº 9.613/98).

Percebe-se, além de tal exigência, na redação legal do caput do referido artigo 1º o termo "**provenientes**", demonstrando que não bastará o prévio cometimento de um dos crimes antecedentes, mas este deverá gerar os *bens, direitos ou valores* que deverão ser o objeto do crime de lavagem. O significado deste vocábulo pare-

ce ser incontroverso, mas para extirpar qualquer dúvida a respeito, convém verificar a definição de **Aurélio Buarque de Holanda Ferreira**: "*[Do lat. proveniente.] 1. Que provém; oriundo, procedente*".

Apesar da clareza do texto legal, que exige que os *bens, direitos ou valores* "lavados" sejam oriundos da prática de um dos crimes antecedentes, o país vem assistindo a pirotécnicas operações da Polícia Federal, na modalidade de força-tarefa, com prisões de listas de indivíduos (em sua maioria empresários), com a finalidade de investigar crime lavagem de capitais, com o suposto crime antecedente de evasão de divisas, o que em muitos casos é paradoxal, conforme se demonstrará.

É verdade que os crimes da Lei nº 7.492/86 (contra o Sistema Financeiro Nacional) constam do rol de crimes antecedentes (art. 1º, VI da Lei nº 9.613/98), mas há uma segunda questão a ser considerada para se verificar a possibilidade de formação do tipo de lavagem de dinheiro. Esta segunda questão diz respeito ao fato de que os *bens, direitos ou valores* precisam, efetivamente, ter origem no crime antecedente, não bastando o simples cometimento deste.

Assim, cabe indagar: os crimes antecedentes presentes no rol do art. 1º da Lei nº 9.613/98 são capazes de gerar *bens, direitos ou valores* para o sujeito ativo?

Na maioria dos casos, a resposta será positiva.

Imaginemos, no entanto, a hipótese do indivíduo que compra entorpecentes para distribuir gratuitamente a seus amigos. Incorreria, naturalmente, no crime de tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/76), mas sua conduta criminosa não lhe traria nenhum acréscimo patrimonial que pudessem fazê-lo incorrer no crime de lavagem.

Da mesma forma, imaginando que o crime de terrorismo já estivesse tipificado em lei, um terrorista que cometesse atentados movido tão-somente por fundamentalismo religioso não teria como adquirir *bens, direitos ou valores* provenientes da prática do terrorismo que pudessem ser objeto de "lavagem".

E quanto aos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, podem estes trazer acréscimos ao patrimônio do sujeito ativo?

Na concepção do ilustre professor **Sérgio Pitombo**: "*A maioria dos tipos elencados na Lei nº 7.492/1986 pode vir a caracterizar produto ou proveito, próprios para lavagem de dinheiro, com exclusão dos arts. 3º, 6º, 14, 15, 18 e 23*"⁽²⁾.

Tem razão o referido autor quando diz que a maioria dos tipos da Lei nº 7.492/86 pode gerar algum produto ou proveito passível de ser objeto de lavagem. Pode-se citar como exemplos os crimes de gestão fraudulenta ou temerária (art. 4º e parágrafo único), o de emissão de títulos falsos ou sem lastro, registro ou autorização (art. 7º) e o de operar no mercado sem a devida autorização (art. 16).

Na realidade, qualquer uma das figuras delituosas tipificadas na Lei nº 7.492/86 que venha a gerar *bens, direitos ou valores* poderá servir de base para o crime de lavagem de dinheiro, integrando-o como elemento do tipo⁽³⁾.

No entanto, dentre as exceções consideradas pelo professor **Sérgio Pitombo** (arts. 3º, 6º, 14, 15, 18 e 23), não foi mencionado o art. 22 e seu parágrafo único (evasão de divisas), ao qual ora se destina especial atenção, por ser o tipo mais invocado (como crime antecedente), pelos órgãos persecutores, para embasar a deflagração das megaoperações policiais

que vêm causando violentas arbitrariedades sob o pretexto de se investigar lavagem de dinheiro.

Dentre os investigados nas mencionadas operações policiais, é comum se ver empresários que constituem empresas *off-shore* (fora do território nacional) para que estas recebam dinheiro oriundo de seus caixas dois, além de empresários que mantêm no exterior contas bancárias não declaradas à Receita Federal. Quando, nos dois exemplos, estes empresários promovem a “legalização” (*esquentamento*) desses valores, sustentam os órgãos de persecução que estariam cometendo o crime de lavagem de dinheiro, o que, em muitos casos, mostra-se um equívoco.

O cerne da questão reside justamente aí. O só fato do dinheiro estar investido numa *off-shore* ou depositado numa conta bancária no exterior não declarada ao fisco — o que, em tese, pode configurar o crime do art. 22 da Lei nº 7.492/86⁽⁴⁾ — não significa absolutamente que esse dinheiro seja **proveniente** de crime contra o Sistema Financeiro Nacional⁽⁵⁾. Muito pelo contrário, os valores objeto do crime de evasão podem ter sua procedência totalmente lícita. Podem ser, ainda, como comumente ocorre, valores de caixa dois, que, igualmente, é lícito em sua origem, apesar de ter o agente enriquecido ilícitamente através da **posterior** conduta de deixar de recolher impostos⁽⁶⁾. De qualquer sorte, mesmo que se pudessem dizer que os valores de caixas dois têm sua origem no crime de sonegação (Lei nº 8.137/90), este não consta do rol de possíveis crimes antecedentes.

Cabe voltar olhos à redação do tipo do art. 22 e parágrafo único da Lei nº 7.492/86: “Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País. Parágrafo único: Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele manter depósitos não declarados à repartição federal competente”⁽⁷⁾.

Apesar de se tratar de conduta envolvendo valores (operação de câmbio, saída de moeda ou divisa ou manutenção de depósitos não declarados), a leitura atenta do texto legal demonstra que os valores **objeto** da conduta criminosa podem perfeitamente ter origem lícita.

Vê-se, portanto, que a dissimulação ou ocultação da *natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade* de valores que tenham sido objeto de crime de evasão de divisas não bastará, por si só, para que se forme o tipo de lavagem de capitais. Será necessário que tais valores tenham sua **origem** num dos crimes antecedentes, que, naturalmente, terá que ser cometido de modo a proporcionar ao

agente um ganho patrimonial.

Sobre a exigência de que haja acréscimo patrimonial, a Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/98 demonstra a clara intenção do legislador⁽⁸⁾ em não admitir nos crimes antecedentes “*aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal*”. Senão vejamos: “*Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução na economia de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento do patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção do patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal — lavagem de dinheiro — a compra por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito*”⁽⁹⁾.

Portanto, somente os crimes capazes de gerarem ganhos patrimoniais para o agente poderão figurar como crimes antecedentes do crime de lavagem de capitais.

Talvez o exposto até aqui leve o leitor à reflexão de que o crime de evasão de divisas poderia sim gerar acréscimo patrimonial ao sujeito passivo na medida em que este deixa de pagar os tributos inerentes à remessa e/ou manutenção de valores no exterior. Ocorre que, nessa hipótese, tal enriquecimento ilícito viabilizado pela sonegação de impostos não teria naturalmente a capacidade sobrenatural de fazer mudar a origem, proveniência, procedência de alguma coisa. Se o valor correspondente ao total de impostos economizados através do cometimento de evasão de divisas for fruto de trabalho honesto, vendas, produção, prestação de serviço, etc., sua origem será esta — lícita — e, obviamente, assim o será para sempre.

A correta pergunta que se deve formular para se verificar a origem de determinado valor é: “**Como este valor ingressou no patrimônio do sujeito ativo?**” e não “**Como este valor se manteve no patrimônio do sujeito ativo?**”

Percebe-se, então, que o crime de evasão de divisas só poderá ser crime antecedente de lavagem de capitais se o agente obtiver acréscimo patrimonial com a sua

prática, sem se considerar, evidentemente, o que se deixou de expender em impostos, pois tal economia, além de não ser acréscimo, não muda a origem de um valor já adquirido licitamente.

Os doleiros, por exemplo, obtêm lucro justamente com a prática do crime de evasão. Se tal lucro for “lavado” nos termos do art. 1º da Lei nº 9.613/98, haveria lavagem de capitais com antecedente em evasão de divisas. Já com os clientes do doleiro isto não se operaria.

Conclui-se, por fim, que o fato de determinado valor ter sido objeto do crime de evasão de divisas, podendo este, desta forma, provir, efetivamente, de uma conta clandestina no exterior, não fará nascer a presunção ou a conclusão automática de que este valor seja **proveniente** de crime contra o Sistema Financeiro Nacional na modalidade de evasão de divisas. ●

Notas

- (1) BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de Dinheiro*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53.
- (2) PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de Dinheiro: A tipicidade do Crime Antecedente*, São Paulo: RT, 2003, p. 115.
- (3) SILVA, Cesar Antônio da. *Lavagem de Dinheiro: Uma Nova Perspectiva Penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 119.
- (4) O crime de manter depósitos não declarados no exterior (parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86) só se aperfeiçoa quando, findo o prazo legal para a declaração de renda e de bens (ajuste anual), o agente deixa de comunicar à Receita Federal a existência do depósito (TÓRTIMA, José Carlos; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *Evasão de Divisas: Uma Crítica ao Conceito Territorial de Saída de Divisas Contido no Parágrafo Único do Art. 22 da Lei 7.492*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 58).
- (5) José Carlos Tórtima e Fernanda Lara Tórtima já trouxeram tal advertência em sua recente obra sobre evasão de divisas (*op. cit.*, p. 72).
- (6) Tórtima sustenta com muita propriedade que os valores oriundos de caixas dois não são ilícitos em sua origem, embora tenha o contribuinte mantido consigo estes valores através da posterior conduta ilícita de deixar de recolher tributos (*op. cit.*, p. 71/72).
- (7) O tipo penal de evasão de divisas vem sendo objeto de desastrosos erros de interpretação conforme demonstra José Carlos Tórtima e Fernanda Lara Tórtima na recente e mais esclarecedora obra que já se escreveu sobre a matéria (*op. cit.*).
- (8) No chamado *sistema tradicional* ou *sistema primitivo de hermenêutica*, a intenção do legislador constitui a principal fonte de interpretação da lei (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 36).
- (9) Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/98: nº 692, de 18/12/96 – Publicado no *Diário da Câmara dos Deputados* de 06/02/97 - fls. 3.872 a 3.877.

Ricardo Sidi

Advogado no Rio de Janeiro e pós-graduado em Direito Penal Empresarial pela PUC-RJ

Ricardo Sidi

O professor de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, **Denis Lerrer Rosenfield**, tomou-o como uma das maiores excrescências em termos de projeto de lei. Talvez muitos deixem de se alarmar por já estarem vacinados pelos cruéis antídotos com que nos últimos tempos nos temos deparado, de que são bons exemplos o Projeto de Lei nº 717/03 da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, de autoria do deputado **Edino Fonseca**, que pretendia criar o programa de auxílio às pessoas que voluntariamente quisessem deixar de ser homossexuais, bem como o Projeto de Lei nº 3.857/04 que, apresentado à Câmara pelo deputado federal **Irapuan Teixeira**, previa a pena física de “doação compulsória” de órgãos.

O fato é que o Projeto de Lei nº 2.654/03, da deputada federal **Maria do Rosário** (PT/RS), merece especial atenção da comunidade acadêmica. Sua intenção é alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de modo a impedir que os pais submetam seus filhos a qualquer punição corporal, ainda que se trate de castigo moderado sob a alegação de propósito pedagógico. Assim, os pais que recorrerem às palmadas, ainda que moderadas e com intuito educacional, poderão estar sujeitos às seguintes medidas: encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; encaminhamento a cursos ou programas de orientação; assim como poderão ter seus filhos encaminhados a tratamento especializado. Do inciso VII do art. 1634 do Código Civil passaria a constar expressamente a proibição de os pais se valerem da força física, moderada ou imoderada, no seu mister de exigir dos filhos obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade ou condição.

Estudos realizados na década de 90 nos Estados Unidos na Universidade de New Hampshire pelo pesquisador **Murray Straus** demonstraram que as crianças submetidas a surras (esse foi o termo utilizado na tradução a que tivemos acesso) frequentes em um lapso de dois anos apresentaram maior índice de comportamento anti-social ao final do período. Sabe-se, ademais, que o ato de bater em crianças é capaz de fazer com que a própria violência seja aceita como um dado da natureza, e que a usual ineficácia do castigo físico induz os pais a uma escalada de violência, com a oferta de níveis cada vez mais graves de agressão. Entretanto, de tais constatações, ou mesmo da triste lembrança de que em países da África se permite legalmente

o chicoteamento ou a flagelação de crianças, não decorre a necessidade de um projeto de lei como o aqui em comento.

Do ponto de vista sociológico, concordamos com **Rosenfield** quando afirma que ao Estado não cabe dizer e impor para cada um o que considera como “bem”, a não ser que se trate de um ambiente totalitário⁽¹⁾. Claro está que não pretendemos aqui defender a violência doméstica contra crianças e adolescentes, mas entendemos que cabe aos pais definir em que oportunidade umas palmadinhas podem

servir ao propósito educacional no seio familiar. Afinal, como bem lembra **Emilio Mira y Lopez**⁽²⁾, o sistema de coação imposto às crianças pelos pais se exerce por dois meios: o verbal e o mecânico. E se o primeiro deles é superior por explicar os motivos e justificativas das regras e ordens, o segundo pode ser bastante útil em situações que requerem uma eficácia imediata. Repetimos para que não parem dúvidas: estamos falando daquelas palmadinhas que não machucam nem deixam marcas, mas servem para que a criança perceba de maneira inequívoca e imediata a reprovação de seu ato. Não é nossa intenção, no entanto, nos aprofundar na discussão sobre ser ou não correta a aplicação de tais reprimendas, inclusive porque acreditamos que isso deva ser decidido no seio de cada unidade familiar. Afinal, é a família o agente informal do controle social que funciona como núcleo primário no processo que condiciona e disciplina o indivíduo aos modelos e normas comunitários. A idéia estampada pela deputada federal **Maria do Rosário** acaba fazendo com que os pais vejam diminuídas as estratégias de que dispõem em seu papel educador e sejam destituídos de parte de sua tradicional função de órgão do controle social informal.

Também do ponto de vista jurídico o projeto é indesejável. Já na época de promulgação do ECA, muitas vezes se levantaram para criticar seu caráter eminentemente programático, função que já era bastante bem cumprida pela Constituição Federal. Todos sabemos, como bem afirmou **Hélio Jaguaribe**, que “o problema do menor não é um problema de lei, são situações de fato que não se solucionam com normas”⁽³⁾. Como lembrou **Antonio Chaves**, “o atual Estatuto da Criança e do Adolescente (...) não atinou para o fato que ‘não se muda a socie-

dade por decreto”⁽⁴⁾. Sempre lembrando que ao mesmo tempo o ECA foi bastante festejado pelas mais diversas razões, não podemos deixar de dizer que acreditamos que o Projeto de Lei nº 2.654/03 padece dos mesmos vícios acima elencados. Isto é, não é através de uma lei que se resolverá a questão da agressão imoderada contra os filhos. Talvez fosse mais acertado se inves-

tíssemos em políticas públicas que efetivamente valorizassem a criança e que demonstrassem aos seus pais o quão inútil e pernicioso é recorrer à violência para tratar os pro-

blemas domésticos. É verdade que o mesmo projeto de lei diz caber ao Estado estimular ações educativas continuadas destinadas a conscientizar o público sobre a ilicitude do uso da violência contra criança e adolescente, mas tal tarefa, além de intuitiva, decorria já do art. 227 da Constituição Federal. E nem se diga que era necessário reformar o ECA para que, então, sobreviesse tal ilicitude. Nosso Código Penal prevê inclusive penas mais graves àqueles que praticam lesão corporal contra menores de 14 anos (art. 129, § 7º).

O que se vê, portanto, é que o direito acaba, uma vez mais, sendo utilizado simbolicamente, num movimento já conhecido de proliferação de normas pouco eficazes no tocante aos fins que dizem perseguir, porém, bastante eficientes no tocante àquilo que não é (esperamos!) sua intenção: a aparente paradoxal perda de operacionalidade do próprio direito. É que o direito simbólico, se valendo de medidas demagogas, que buscam, no mais das vezes, dar respostas legislativas aos anseios da população, acaba, ao dar origem a uma inflação legislativa e ao não resolver os problemas sociais que pretendia aplacar, gerando um grande desprestígio de todo o sistema jurídico. É o que se teme. ●

Notas

- (1) **ROSENFELD, Denis Lerrer**. “Palmadas”, in *O Estado de S. Paulo*, 20 de fevereiro de 2006.
- (2) **MIRA Y LOPEZ, Emilio**. *La Psicología Evolutiva del Niño y el Adolescente*, 4ª ed., Buenos Aires: El Ateneo, 1947, p. 161.
- (3) **CAVALLIERI, Alyrio** (org.). *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente*, Forense: Rio de Janeiro, 1995.
- (4) **CHAVES, Antonio**. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*, LTr, 1994, p. 725.

Mariana Barros Barreiras
Advogada

DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA EX OFFICIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO E AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO

Diogo Tebet da Cruz

Diogo Tebet da Cruz

DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA EX OFFICIO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO...

A realidade do processo penal brasileiro espelha, infelizmente, as práticas punitivas atuais. O estágio de hipercriminalização em que se encontra nossa sociedade, como demonstrada percutientemente pelos estudos do professor **Nilo Batista**⁽¹⁾, exagera e distorce os institutos processuais penais, refletindo as diretrizes de uma política criminal severa e rígida. Como bem observou **Salo de Carvalho**, “o processo de desregulamentação penal e de deformação inquisitiva do processo, realidade perceptível em quase todos os países ocidentais devido à nova ‘guerra santa’ contra a criminalidade, gerou total ruptura com a estrutura clássica do Direito e do Processo Penal”⁽²⁾.

Um dos pontos mais emblemáticos desse atropelo utilitarista em sede processual penal é o total desvirtuamento da utilização das chamadas prisões cautelares, mormente da prisão preventiva. Tal instituto, que visa resguardar a ordem e o bom funcionamento processual, é utilizado constantemente como aplicação de pena antecipada⁽³⁾, através de práticas puramente inquisitivas por parte de alguns magistrados cujo exemplo maior é a **decretação de prisão preventiva ex officio**.

Inobstante haver previsão legal para tal no Código de Processo Penal⁽⁴⁾, há de ser feita, segundo a melhor hermenêutica, uma interpretação do dispositivo legal à luz da Constituição Federal. Como é notório, todo o ordenamento jurídico brasileiro pós Constituição Federal de 1988 sofreu um verdadeiro abalo sísmico. Considerada uma das constituições mais avançadas do mundo moderno, nossa Carta Magna representou a passagem do Estado nacional absoluto a um efetivo Estado Democrático de Direito⁽⁵⁾, consagrando para tanto princípios fundamentais que se materializam como alicerces deste novo Direito.

Estas matrizes constitucionais representam uma alteração profunda na sistematização normativa (muitos diplomas foram revogados expressamente, outros dispositivos não-recepcionados), e sobretudo, no que diz respeito à hermenêutica jurídica. Nas palavras de **Lenio Streck** “a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o **topos** hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico”⁽⁶⁾.

Esse processo (de constitucionalização) inaugurado obriga forçosamente todas as normas infraconstitucionais a adequarem-se aos novos ditames constitucionais, a sofrer um “banho de imersão” como ensina **Liebman**, um “processo de contaminação constitucional” nas palavras de **Streck**⁽⁷⁾, ou uma “oxigenação constituio-

nal” nas de **Morais da Rosa**⁽⁸⁾.

Evidentemente que tal mister interpretativo cabe aos “operadores do Direito”. Tal norte visa justamente evitar uma disfuncionalidade entre o Direito Constitucional e as instituições encarregadas de aplicar a lei. **Luigi Ferrajoli** atesta a obrigatoriedade da visão constitucional das leis, ensinando que “a sujeição do juiz à lei não é de facto, como no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente quando válida, ou seja, coerente com a Constituição”⁽⁹⁾.

A importância da relação Constituição-normas infraconstitucionais ganha enorme relevo no que tange a questões processuais penais. Os valores constitucionais exacerbam-se e ganham envergadura quando analisados e interpretados em sede processual criminal, pois é nesta que se verifica, com maior intensidade, pontos de tensão entre Estado e os indivíduos. Nas palavras de **Hassemer**, o processo penal é o Direito Constitucional aplicado.

Advém deste novo enfoque constitucional o que **Rogério Tucci** denomina de “regramentos constitucionais do processo penal”⁽¹⁰⁾, entendido como “forma constitucional do processo penal” por **Binder**⁽¹¹⁾, ou seja, enxergar o processo penal com lentes constitucionais e perceber que o mesmo é definido, delineado e orientado pela Carta Política. **Aury Lopes Jr.** afirma que “num Estado Democrático de Direito, não podemos tolerar um processo penal autoritário e típico de um Estado-policial, pois o processo penal deve adequar-se à Constituição e não vice-versa”⁽¹²⁾.

Numa abordagem mais eloquente, e precisamente ressaltando o caráter nitidamente inquisitório do Código de Processo Penal brasileiro, **Jacinto Coutinho** atesta que a Constituição de 1988 traçou uma base capaz de enterrar grande parte do atual Código de Processo Penal, marcado pela concepção fascista do processo penal e ancorado na tradição inquisitória, inclusive da fase processual da persecução, só não percebida por todos em razão da pouca perquirição que se faz das suas matrizes ideológicas e teóricas, a começar pelo Código de Processo Penal italiano⁽¹³⁾.

Vê-se que a Carta Magna assegurou ao Ministério Público o monopólio exclusivo da ação penal pública, conforme disposto no art. 129, inc. I da CF. E neste *munus* está abrangido qualquer atividade persecutória, como requerimento de prisões cautelares, medidas constritivas, dentre outras prerrogativas inerentes a sua função de *dominus litis*. Com o Minis-

terio Público, assumiu o Estado, definitivamente, a titularidade da *persecutio criminis in iudicio*, sem precisar comprometer a neutralidade judicial⁽¹⁴⁾.

Essa disposição é decorrente do que se convencionou chamar de **sistema acusatório**, no qual há a divisão nítida dos atores no processo penal; distintos órgãos desempenham as funções necessárias para o desdobramento regular do processo: órgão de acusação (Ministério Público), de defesa (advogado ou Defensoria Pública) e outro de julgamento (juiz). Como afirma **Geraldo Prado**, “o sistema processual que há de ser prestigiado por conta da função-garantia do direito, (...), será aquele que venha a preservar a tripartição das principais atividades processuais — acusar, defender e julgar — sincronizadas, consoante o lembrado magistério de **Calamandrei**, de sorte a validar os direitos fundamentais”⁽¹⁵⁾.

Toda essa engenharia de entregar a cada órgão distinto uma função visa única e exclusivamente preservar a neutralidade do magistrado julgador. Quanto mais Judiciário aproximar-se de atividades persecutórias, portanto parciais, mais o magistrado se tornará um juiz inquisidor, figura absolutamente estranha e repudiada pelo nosso Estado Democrático de Direito. A grande dificuldade do processo penal moderno é compatibilizar este indispensável princípio da imparcialidade do juiz, com a busca da verdade real ou material, na medida em que a outorga de poderes instrutórios pode, ao menos psicologicamente, atingir a sua necessária neutralidade. Por este motivo, **a tendência é retirar do Poder Judiciário quaisquer funções persecutórias, devendo a atividade probatória do Juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente, ao atuar das partes**⁽¹⁶⁾.

Logo, qualquer atividade persecutória do juiz, como por exemplo, a decretação de ofício de prisão preventiva, quando o Ministério Público, não por inércia, mas por não vislumbrar a necessidade da medida, não formula o pedido, fere gravemente o **Princípio da Inércia da Jurisdição**, que nada mais é do que a impossibilidade do exercício da jurisdição de ofício pelo juiz. Isto implica dizer que para que se mova, precisa ser provocada, segundo o brocardo *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*. **Jorge Figueiredo Dias**, atesta que “a imparcialidade e objectividade que, conjuntamente com a independência, são condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial só estarão asseguradas quando a entidade julgadora não tenha também fun-

➔ ções de investigação preliminar e acusação das infrações, mas antes possa apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado (...)”⁽¹⁷⁾.

Não se está aqui a pugnar pelo total e completo alijamento da figura do juiz no processo penal, nem a figura de um magistrado passivo e conformista como condena **Ada P. Grinover**⁽¹⁸⁾. Mas a partir do momento em que o legislador constituinte fez uma opção de sistema, e delineou e definiu claramente as funções de cada ator processual, há de se respeitar estes limites. A decretação de prisão preventiva pelo juiz caracteriza nitidamente como função de parte acusadora⁽¹⁹⁾. Juiz que determina prisão espontaneamente, ao alvedrio da vontade do Ministério Público, é um juiz inquisidor, que se imiscui em dois papéis, dissonante a um direito processual garantista⁽²⁰⁾.

O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores que a ordem constitucional entende cultivar⁽²¹⁾. Logo, a decisão judicial que decreta a prisão preventiva de ofício é, não só ilegal, como flagrantemente inconstitucional, considerando-se desta forma como parcialmente não-recepcionado o artigo 311 do CPP, devendo ser declarada a nulidade parcial deste dispositivo, com redução de texto, frente à Constituição Federal. ◻

NOTAS

(1) Por todos: **BATISTA, Nilo**. “Os sistemas pe-

nais brasileiros” in: **BATISTA, Nilo**. *Novas Tendências do Direito Penal: Artigos, Conferências e Pareceres*, Rio de Janeiro: Revan, 2004.

- (2) **CARVALHO, Salo de**. *Pena e Garantias*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 80-81.
- (3) Os professores **Nilo Batista** e **Raúl Zaffaroni** constata a gravidade desta realidade demonstrando que quase dois terços de todos os presos latino-americanos são presos provisórios, afirmando que a prisão preventiva, numa visão crítica, nada mais é do que a habilitação irracional do poder punitivo, sendo uma imposição de pena pela mera acusação. **RAÚL ZAFFARONI, E.; BATISTA, Nilo**. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume. Teoria Geral do Direito Penal*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 292.
- (4) Art. 311, CPP: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial”.
- (5) **FERRAJOLI, Luigi**. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*, trad. por **Ana Paula Zomer Sica et alli**, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 690.
- (6) **STRECK, L. L.** *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, pp. 245/246.
- (7) *Op. cit.*, 250.
- (8) **ROSA, Alexandre Moraes da**. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 102.
- (9) **FERRAJOLI, Luigi**. “O direito como sistema de garantias”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, nº 61, jan-mar, 1995, p. 41.
- (10) **TUCCI, Rogério L.** *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 196.
- (11) **BINDER, Alberto M.** *Introdução ao Direito Processual Penal*, trad. por **Fernando Zani**,

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 38.

- (12) **LOPES JR., Aury**. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 39. Grifos no original.
- (13) **COUTINHO, Jacinto N. M.** “Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais”, in: **WUNDERLICH, Alexandre** (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Prof. Cláudio Tovo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 140.
- (14) **JARDIM, Afrânio S.** *Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 43.
- (15) **PRADO, Geraldo**. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 60.
- (16) **JARDIM, Afrânio S.** *Op. cit.*, p. 40. Grifo nosso.
- (17) **DIAS, Jorge de Figueiredo**. *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra, 1974, p. 136.
- (18) **GRINOVER, Ada P.** “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”, in: **GRINOVER, Ada P.** *A Marcha do Processo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 80.
- (19) **LOPES JR., Aury**. *Op. cit.*, 167.
- (20) “A um Direito Penal limitador ou de garantias corresponde um Direito Processual acusatório, e a um Direito Penal autoritário, um Processo Penal inquisitório”. **BATISTA, Nilo; RAÚL ZAFFARONI, E.** *Op. cit.*, p. 290.
- (21) **DINAMARCO, Cândido R.** *A Instrumentalidade do Processo*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34.

Diogo Tebet da Cruz

Advogado e mestrando em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes

CURSOS E EVENTOS

II SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS OAB/SP

Dias 06 e 07 de junho de 2006 às 09h30

Temas Abordados: *Tóxicos: Aspectos Penais e Criminológicos e Crimes Fiscais: Aspectos Práticos*

Local: Salão Nobre da OAB/SP

Mais informações: (11) 3291-8100 - www.oabsp.org.br

SEMINÁRIO NACIONAL DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL – “UMA CRÍTICA À LUZ DO MOVIMENTO ANTITERROR”

I SIMPÓSIO CRÍTICO DE CIÊNCIAS PENAIS - PORTO ALEGRE/RS

De 08 a 10 de junho de 2006

Local: Auditório Elizabeth Lee – Colégio Americano
Rua Dr. Lauro de Oliveira, 71, – Porto Alegre

Programa, Inscrições e Informações: www.eventojuridico.com.br

III JORNADA DE DIREITO E PSICANÁLISE - CURITIBA/PR

INTERSEÇÃO ENTRE DIREITO E PSICANÁLISE:

UMA LEITURA A PARTIR DE O PROCESSO DE KAFKA

De 8 a 10 de junho de 2006

Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR - Núcleo de Direito e Psicanálise

Local: Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR

Praça Santos Andrade 50, 1º andar. - Curitiba / PR

Mais informações: (41) 3310 2685

ou <http://www.direito.ufpr.br/ppgd/links/eventos/2006.htm>

JORNADA DE ATUALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Dias 03 e 04 de agosto de 2006

Programa em fase de elaboração

Local: Recife – Pernambuco

Organização: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

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

AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De 11 a 15 de setembro de 2006

Programa em fase de elaboração

Local: Araçatuba – São Paulo

Realização: Faculdades Católicas Salesianas e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM

As informações serão divulgadas no site:
www.ibccrim.org.br

REFLEXÕES ACERCA DA PUBLICAÇÃO DAS CHARGES OFENSIVAS AO PROFETA MUHAMMAD SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra

Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra

REFLEXÕES ACERCA DA PUBLICAÇÃO DAS CHARGES OFENSIVAS AO PROFETA MUHAMMAD...

A recente onda de violência que eclodiu no mês de fevereiro de 2006 em diversos países do Oriente Médio, em protesto à publicação em um periódico dinamarquês de charges ofensivas ao profeta Muhammad, tem levado a uma reflexão acerca de duas questões fundamentais: o fundamentalismo exacerbado de certos grupos islâmicos e os verdadeiros e aceitáveis limites da liberdade de expressão em pleno Século XXI.

A onda de protestos foi desencadeada pela publicação, pelo jornal dinamarquês *Jyllands-Post*, ao final do mês de setembro de 2005, de doze charges que retratavam de forma irônica a religião islâmica e o profeta Muhammad.

Em meados de janeiro de 2006, as referidas charges foram republicadas em um periódico norueguês, o qual foi seguido, em fevereiro de 2006, por inúmeros jornais europeus, o que desencadeou uma revolta por parte da comunidade islâmica em várias partes da Europa e principalmente do Oriente Médio, onde manifestações de protesto foram organizadas, representações consulares de diversos países europeus foram queimadas e destruídas, mais de doze pessoas foram mortas, sem se falar no anúncio de embargo econômico e comercial a produtos dinamarqueses.

Todos esses acontecimentos colocam em destaque o fundamentalismo irracional e cego de certos grupos islâmicos, os quais, em prol de uma fé e crença ilimitados em dogmas obsoletos e questionáveis, propugnam pelas mais violentas formas de contestação e pelo uso indiscriminado do terrorismo como forma de resolução de diferenças e conflitos.

O mundo, nos dias de hoje, é marcado por uma rica alteridade, em que o *outro* configura-se como diferente do *eu*, devendo esse *outro*, pelo simples fato de ser uma pessoa humana, dotado da mais bela dignidade, e não de preço, na concepção kantiana do termo, ser amplamente respeitado, em todas as suas dimensões: social, racial, religiosa, física, mental, espiritual e psíquica.

Já não se pode mais aceitar a ótica da exclusão, da eliminação da diversidade, visão essa que, ao predominar durante a 2ª Guerra Mundial nos regimes nazi-fascistas, ocasionou a morte de mais de seis milhões de pessoas inocentes, as quais foram destituídas de tudo aquilo que lhes era mais caro: a sua dignidade.

A humanidade percorreu um ca-

minho árduo e cheio de desafios nos últimos sessenta anos, desde o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pós-1945, coroado majestosamente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Percebeu-se, na prática, que retrocessos na agenda dos Direitos Humanos são muito perigosos, não sendo possível permitir que as conquistas obtidas sejam postas em xeque.

Intimamente relacionada ao fundamentalismo religioso de certos grupos islâmicos, em que a não-razão parece preponderar, está a questão da liberdade de expressão e seus limites aceitáveis dentro dos quadros de um Direito Internacional dos Direitos Humanos universalmente consolidado e difundido.

Norberto Bobbio⁽¹⁾ já esclarecera que a grande questão da atualidade — de natureza política, não mais filosófica — não seria a de fundamentar os direitos humanos, mas sim de protegê-los. Uma vez configurados os direitos humanos como direitos universais, indivisíveis, inter-relacionados, interdependentes, abrangendo tanto os direitos civis e políticos, quanto os direitos sociais, econômicos e culturais, acabam por existir direitos humanos que, em determinadas situações, conflitam com outros direitos humanos, ou seja, a ampla proteção de um direito somente poderia ser concebida com a restrição ou suspensão da proteção dos demais direitos, conforme ensinamento de Bobbio⁽²⁾.

Neste mesmo diapasão, é bastante esclarecedora a explanação apresentada por Luís Roberto Barroso, segundo o qual se estaria diante de uma ponderação de valores ou ponderação de interesses, por meio da qual “se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada uma dos princípios ou direitos fundamentais em oposição”⁽³⁾.

Assim sendo, no caso ora analisado, estariam contrapostos dois direitos humanos fundamentais: a liberdade de expressão, marcada pela ampla liberdade de imprensa e a liberdade religiosa e de consciência, marcada pelo pleno respeito à religião professada por cada indivíduo.

Fazendo uso das palavras de Bobbio, pode-se dizer que não se teria uma ampla proteção da liberdade de expressão sem a restrição ou suspensão da liberdade religiosa e vice-versa.

Daí porque em um Estado Democrático de Direito em que vive a maior parte das nações civilizadas do Século XXI, limitações têm que ser postas, quer seja à liberdade de expressão, quer seja à liberdade religiosa, conforme as mais diversas opiniões, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sem trazer explanações esclarecedoras ao conflito de direitos fundamentais ora deflagrado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 afirma, em seu artigo XVIII, que “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”.

No artigo seguinte — artigo XIX — a Declaração Universal de 1948 estatui que “toda pessoa tem direitos à liberdade de opinião e de expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Diante da controvérsia acerca do caráter vinculante ou não da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, controvérsia essa da qual não se compartilha neste artigo, por se entender que a referida Declaração é a interpretação autorizada dos artigos 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas, foram aprovados dois pactos internacionais em 1966, pondo fim a tão infundada discussão: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em virtude da temática ora abordada ter íntima relação com apenas um dos pactos, enfocar-se-á o disposto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o qual abrange muitos direitos civis e políticos previstos na Declaração Universal de 1948, não se limitando, porém, a tais direitos, prevendo, igualmente, outros direitos não previstos anteriormente na Declaração.

Não obstante tenha sido aprovado em 1966, foram necessários mais de dez anos para a entrada em vigor do Pacto Inter-

nacional de Direitos Civis e Políticos, o que se deu com a obtenção do número mínimo de trinta e cinco ratificações ou aceções, exigido por seu artigo 49.

À semelhança da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos disciplina a liberdade religiosa e de culto no artigo 18, ao dispor o quanto segue: *"Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Este direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto público quanto privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino"*. Embora sem estabelecê-las com precisão, o § 3º do mesmo dispositivo convencional estabelece as limitações para a liberdade de manifestar a própria religião ou crença, quais sejam, aquelas previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a **segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas** ou os **direitos e as liberdades** das demais pessoas.

No tocante à liberdade de expressão, ela se encontra disciplinada no artigo 19 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Com redação bastante próxima à da Declaração de 1948, o artigo 19 do Pacto estatui o seguinte: *"(1) Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. (2) Toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha"*.

As limitações à liberdade de expressão também se condicionam à previsão legal, visando assegurar o **respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas** e a **proteção da segurança nacional, da ordem, da saúde ou da moral públicas**.

No entanto, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos vai além, ao estabelecer, em seu artigo 20, não apenas a proibição de propaganda em favor da guerra, mas também a proibição de **qualquer apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência**.

Neste diapasão, tem-se que à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é expressamente vedada toda e qualquer forma de apologia ao ódio religioso, que represente incitamento à discriminação, mesmo sob o manto da liberdade de expressão.

Assim sendo, os idealizadores das char-

ges ofensivas ao islamismo, que acabaram apresentando uma visão irônica da religião e do profeta Muhammad, assim como o Estado em que tal violação se deu, não podem se esconder atrás do manto protetor da ampla liberdade de expressão, visto que em se tratando de um valor relativo, que não é absoluto, razão pela qual se torna necessária a ponderação de valores ou interesses, visando à produção de um resultado socialmente desejável, visando assegurar uma convivência pacífica e harmônica entre os povos.

Não obstante a liberdade de expressão estar condicionada a limites tão bem traçados e especificados, não se pode, tampouco, justificar a reação de determinados grupos islâmicos em resposta à ofensa perpetrada contra sua confissão, os quais fizeram uso da violência, do terrorismo, destruindo representações consulares dos mais diversos países envolvidos e matando mais de doze pessoas, em razão dos distúrbios causados.

Uma ferramenta legal e jurídica para o presente caso seria a provocação do Comitê de Direitos Humanos, órgão de monitoramento do cumprimento das disposições do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. O recurso ao Comitê de Direitos Humanos pode ser dar tanto por meio da utilização do mecanismo das comunicações interestatais — em que um Estado parte denuncia outro Estado parte pelo não cumprimento das disposições convencionais — quanto pela utilização do mecanismo das petições individuais, encaminhadas por indivíduos que aleguem ser vítimas de violação, por um Estado parte, de qualquer um dos direitos enunciados no Pacto.

Essas seriam as possibilidades legais de se fazer face à violação de Direitos Humanos configurada no caso em epígrafe, uma vez que violência acaba apenas por engendrar mais violência, correndo-se o risco de se perder anos de um combate árduo e doloroso na defesa e na proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. ◻

Notas

- (1) *A Era dos Direitos*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 24.
- (2) *Idem*, p. 43.
- (3) Ver **Luís Roberto Barroso**, *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*, p. 09.

**Bernardo Pereira de
Lucena Rodrigues Guerra**

Doutorando em Filosofia do Direito na
PUC/SP, Mestre em Filosofia do
Direito e do Estado pela PUC/SP
e Advogado em São Paulo



IBCCRIM

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

(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

COORDENADORES ESTADUAIS:

- **ACRE** - Maria de Saleté 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!

O CONCEITO DE MULHER HONESTA E A HONESTIDADE DO SISTEMA PUNITIVO

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Como resultado concreto, pelo menos no plano legislativo, da CPI Mista da Exploração Sexual, surgiu a Lei nº 11.106/2005, trazendo importantes alterações no regramento do Código Penal referente aos delitos de natureza sexual. Esse documento legislativo está completando exatamente um ano de vigência neste mês de março. Portanto, uma sugestiva data para analisar o contexto sociojurídico em que se encontra inserido e tentar vislumbrar os seus desdobramentos possíveis.

Poderíamos tentar resumir as mudanças legislativas da seguinte maneira: (a) revogação integral dos dispositivos penais dos crimes de sedução (art. 217), raptio violento ou mediante fraude (art. 219), raptio consensual (art. 220) e adultério (art. 230); (b) inclusão do companheiro entre os sujeitos ativos do crime de mediação à lascívia de outrem (art. 227, § 1º); (c) supressão do adjetivo “honesta”, jungido ao substantivo “mulher”, nos delitos de posse sexual mediante fraude (art. 215) e atentado ao pudor mediante fraude (art. 216). E é particularmente em torno deste último tópico que pretendemos tecer algumas considerações nas linhas seguintes.

O conceito jurídico de “mulher honesta” é sintomático do discurso oficial projetado pelo Direito Penal. Na antiga lição de **Hungria**, mulher honesta é “*não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o minimum de decência exigido pelos bons costumes*” (in *Comentários ao Código Penal*, v. 8, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 139). Para muitos críticos, a moral a que se refere o doutrinador é a burguesa, de viés conservador e machista e os bons costumes são aqueles em que sexo, para a mulher, só deve ser experimentado no casamento. Enfim, trata-se da operacionalização do Direito Penal com o objetivo de regular a moral subjetiva e mesmo a maneira de ser das pessoas, algo evidentemente incongruente — para dizer o mínimo — com qualquer regime democrático.

Mas não se propõe aqui simplesmente empreender uma leitura feminista de um conceito jurídico. O fato é que a apropriação, pelo Direito Penal, da idéia de honestidade no comportamento sexual da mulher nunca escondeu suas verdadeiras pretensões. De início, pode-se dizer que a própria etimologia da palavra “honestidade” é desvirtuada ou pelo menos amputada. Para ela, segundo os dicionaris-

tas, há dois significados básicos: o primeiro compreende franqueza, sinceridade, e o segundo, e que aqui mais nos interessa, está relacionado a decência e honradez. Nestes termos, sujeito honesto é aquele que se pauta por uma conduta decente e honrada perante a sociedade em que vive e com as pessoas com quem se relaciona. Honestidade, portanto, não deixa de ser um modo especial de qualificar, julgar a conduta de um indivíduo, homem ou mulher. Daí porque serve a adjetivações.

Ora, sabe-se que o fundamento do sistema punitivo reside no argumento da necessidade de proteção de determinados bens jurídicos, mediante utilização de instrumentos sancionadores de caráter rigoroso, isto é, a pena como castigo. Engratado constatar, e a criminologia crítica já o fez há bastante tempo, que o próprio Direito Penal cuida de selecionar e indicar os bens merecedores de seus instrumentos protetivos. Este é o discurso oficial, sobre o qual todo o sistema se legitima juridicamente. No entanto, esse mesmo sistema desempenha funções latentes, e que podem ser compreendidas na tarefa de manutenção de uma determinada ordem social e a preservação de valores morais, de certo modo impostos ou manipulados por segmentos da sociedade que controlam os mecanismos de criação do direito estatal, tanto o Legislativo como o Judiciário.

Um exemplo dessa monopolização é a idéia calcificada de “mulher honesta”. A decência e honradez no comportamento sexual são atributos ligados por essa ideologia a um perfil específico de mulher. Trata-se da mulher casada, do lar, educadora dos filhos, sem trabalho externo. Por conseguinte, poderiam se ver excluídas ou, pelo menos, com dificuldades de imediata inserção as outras mulheres, hoje tão presentes na sociedade brasileira, marcadamente plural e heterogênea, como aquela que, depois de abandonada pelo companheiro, trabalha para sustentar o lar; a jovem que focaliza sua carreira e posterga a união com alguém e a chegada de filhos; aquela outra que demonstra e exerce suas preferências homoafetivas. Todas elas podem ter namorados, companheiros, relacionamentos passageiros ou simples encontros casuais com parceiros sexuais. Trazem seus homens — ou mulheres — para dentro de suas casas, para o convívio familiar. Então, caberia afirmar que elas têm bons costumes? Elas podem afinal

ser consideradas “mulheres honestas”?

Por isso, torna-se interessante notar dois aspectos correlatos. O primeiro é a interpenetração entre os delitos que incluem o conceito de “mulher honesta” como elemento do tipo e o recém-revogado delito de adultério. É evidente que o adultério é uma conduta, segundo os padrões então vigentes, só praticável por mulher desonesta, já que, casada, mantém relacionamento sexual com alguém que não o cônjuge. Em ambos os casos, o que se vê é o interesse em preservar a monogamia e o valor cristão da fidelidade conjugal, inclusive, para garantia de direitos sucessórios. O segundo diz respeito à idéia de liberdade sexual. Paradoxalmente, só há liberdade para a mulher, suficiente para torná-la merecedora de proteção jurídico-penal, quando ela é contida, recatada. A mulher “liberal”, cuja conduta sexual é reprovada pelo Direito Penal, não recebe albergue.

A simples supressão dessa expressão dos tipos penais não parece ser suficiente para se fazer sentir no *modus operandi* do sistema de justiça criminal, aqui entendida como um aspecto do sistema punitivo, ao lado do arcabouço legal. Pretendemos dizer que retirar um termo obsoleto de uma norma penal não é capaz, por si só, de repercutir na maneira como o discurso do sistema punitivo desempenha suas funções.

O sistema de justiça criminal antepõe resistência à penalização de agressores, quando se verifica, no caso concreto, que a mulher apresentada como vítima demonstra comportamento sexual “liberal” ou “avançado”, como já se viu em muitas decisões judiciais. É certo que, depois de algum tempo, as prostitutas, em circunstâncias excepcionais, ascenderam(!) à condição de hipotéticas vítimas. Mas basta lembrar a jurisprudência em torno do crime de estupro. Embora não explicitado no tipo penal do art. 213, o conceito de “mulher honesta” está ali, implícito, pressuposto, subentendido. Ainda predomina nos tribunais a tese de que, no estupro, a vítima deve demonstrar resistência efetiva, dissenso claro quanto ao ato sexual, e não o contrário, quer dizer, não é o acusado-homem que deve provar ter superado eventuais obstáculos da mulher, ter conseguido convencê-la a praticar o ato sexual. Embora as citações jurisprudenciais insistam em dizer que não se está julgando o comportamento da mulher-vítima, e alguns até reforçam que isso nem mesmo pode ser cogitado, basta um

➔ mero indício de que a mulher-vítima não apresenta conduta sexual recatada ou “honesta” para desculpar o agressor. É a lógica de que pouco importa se, em algum momento, a mulher tenha dito ou dado a entender um “não” ao homem. Se houve alguma paquera, um leve toque de mãos, uma frase sedutora, um anterior encontro íntimo, isso parece suficiente para legitimar qualquer investida do agressor.

Em conclusão, acreditamos que não é o caso somente de jogar na lata do lixo da história legislativa conceitos legais arraigados na tradição jurídica brasileira, senão de fazer refletir no sistema punitivo como um

todo as mudanças sociais observadas. Mas isso não se decreta com uma canetada, ou seja, não se resume à intervenção do legislador. Antes, é o resultado de um tormentoso processo de reestruturação de valores e de mentalidades, envolvendo todos os agentes do sistema de justiça criminal: juízes, promotores, advogados etc. É preciso, enfim, que o sistema punitivo seja, pelo menos, um pouco mais honesto naquilo que se refere às questões de gênero. ●

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira
Promotor de Justiça no Ceará, mestre em Direito pela UFC e prof. na Escola Sup. do MP do Ceará

Marcus V.A.de O.

O CONCEITO...

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL ECONÔMICO INTERNACIONAL

O IV Curso de **Direito Penal Econômico Internacional**, realizado em conjunto pelo **Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE)**, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e pelo **IBCCRIM**, repete neste ano a proposta de reunião de professores portugueses e brasileiros, de alta qualificação jurídica, para discutir as mais modernas teses de Direito Penal Econômico.

O curso, dirigido a advogados, delegados de Polícia, juízes e promotores de Justiça, permitirá a atualização de conhecimentos em matéria caracterizada por acentuado dinamismo provocado pelo processo de globalização econômica e financeira.

A frequência a curso dessa natureza propiciará uma visão abrangente do Direito Penal Econômico, permitindo ainda a compreensão de questões de particular relevância.

A riqueza temática poderá ser devidamente avaliada pela programação das diversas aulas do curso. Além disso, com a apresentação do trabalho de conclusão do curso o profissional, se aprovado, enriquecerá seu currículo com o título de pós-graduado em Direito Penal Econômico outorgado pelo **Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Portugal.

Data: De 03 de agosto a 30 de setembro de 2006

Local: Auditório APAMAGIS - São Paulo / SP

Professores Convidados:

- Prof. **Jorge de Figueiredo Dias** - *Presidente do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) e professor doutor da Universidade de Coimbra, Portugal.*
- Prof. **Maurício Zanoide de Moraes** - *Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM e professor doutor de Processo Penal da Universidade de São Paulo.*
 - Dr. **Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo** - *Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e advogado.*
- Dr. **Arnaldo Malheiros Filho** - *Professor de Direito Penal Econômico da FGV-SP e advogado criminal.*
- Dr. **César Roberto Bittencourt** - *Professor de Mestrado de Ciências Criminais da PUC/RS e advogado.*
- Profa. **Cláudia Maria Cruz Santos** - *Professora da Universidade de Coimbra, Portugal.*
 - Dr. **Hugo de Brito Machado** - *Professor da UFC - Universidade Federal do Ceará e juiz federal aposentado.*
- Prof. **Manoel da Costa Andrade** - *Professor da Universidade de Coimbra, Portugal.*
 - Prof. **Nuno Brandão** - *Professor da Universidade de Coimbra, Portugal.*
- Dr. **Roberto Podval** - *Mestre em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra, Portugal, ex-presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM e advogado criminalista.*
- Profa. **Susana Aires de Sousa** - *Professora da Universidade de Coimbra, Portugal.*

Informações e Inscrições pelo *site* do IBCCRIM (www.ibccrim.org.br), ou pelo telefone (11) 3105-4607 ramal 153, ou pelo e-mail: simone@ibccrim.org.br

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

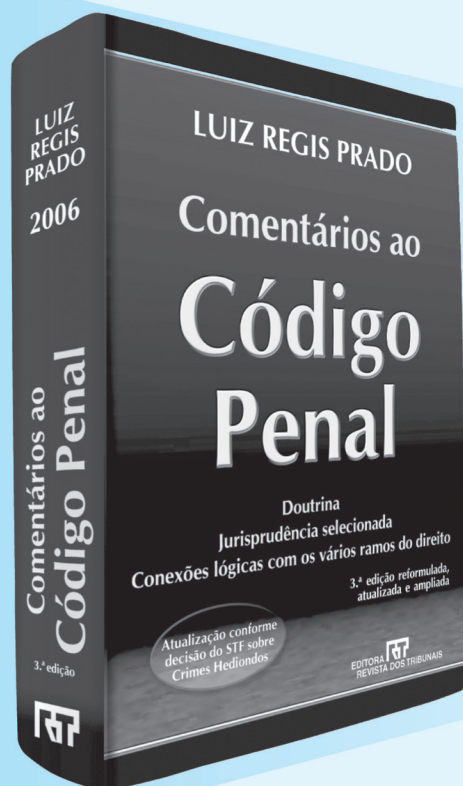
— RIO GRANDE DO SUL

- 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



992 páginas • capa flexível

Comentários ao Código Penal, 3.^a edição

Doutrina

Jurisprudência selecionada

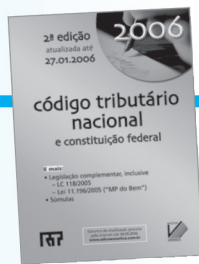
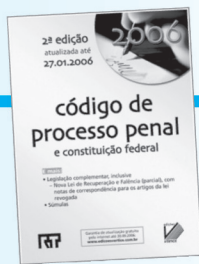
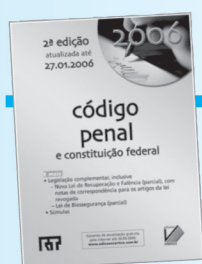
Conexões lógicas com os vários ramos do direito

Luiz Regis Prado

Os presentes *Comentários* apresentam-se em texto claro e objetivo, como instrumento teórico-prático necessário ao conhecimento do chamado Direito Penal nuclear, contido nas Partes Geral e Especial do Código Penal brasileiro.

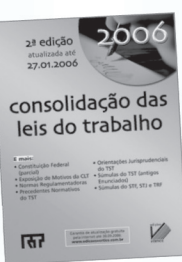
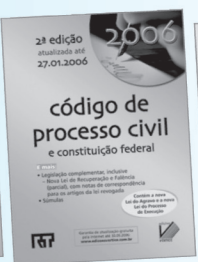
Esta edição encontra-se completamente atualizada, inclusive com a recente decisão do STF sobre progressão em crime hediondo e seus reflexos. No tópico *Note Bem* são inseridas as mais relevantes conexões contextuais dos vários ramos do ordenamento jurídico, buscando destacar aspectos relevantes e controversos da matéria, ponto de grande utilidade no estudo para concursos ou exames jurídicos.

Na jurisprudência selecionada, dá-se primazia à atualidade e à qualidade das decisões, em detrimento do volume ou da quantidade. Assim a obra contém o maior número possível de acórdãos relativos aos anos 2005 e 2006.

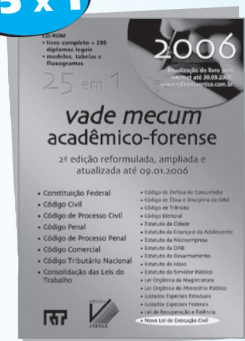


Linha Vértice

Os portáteis mais completos do mercado



25 x 1



Série inteiramente reformulada, revista e atualizada



livraria
RT

www.livrariart.com.br

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

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br