

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL:

O LIMITE ESTÁ NA LEGALIDADE

O IBCCRIM sempre pautou sua atividade pela obediência aos princípios maiores de nossa Constituição. Entendemos que o descumprimento das normas fundamentais é perigoso, na medida em que significa um esgarçamento e uma ruptura do tecido social.

Acontecimentos mais recentes são, nesse sentido, extremamente preocupantes. Temos assistido, estarecidos, a uma série de fatos que, de modo isolado, parecem simples ilegalidades; mas, olhados em conjunto, têm um aspecto de campanha orquestrada contra o Estado Democrático de Direito. E infelizmente muitas vezes esses ataques contam com o beneplácito do Poder Judiciário, que deveria ser o guardião da legalidade.

Têm sido deferidos, por exemplo, mandados de busca e apreensão genéricos, contra moradores de favelas e morros, conferindo uma aparência de legalidade a verdadeiras invasões, como se nesses locais não houvesse pessoas honestas e trabalhadoras. Não é de hoje que os pedidos de prisão provisória ou preventiva têm sido deferidos automaticamente, a requerimento dos diversos órgãos policiais, sem nenhuma fundamentação, ou com fundamentação inespecífica que serviria para qualquer processo e qualquer tipo de crime.

De ilegalidade em ilegalidade, chegamos à invasão de escritórios de advocacia, com a apreensão indiscriminada de tudo que interessa e não interessa à investigação criminal. E ultrapassamos o limite do absurdo com a invasão do Fórum de Catanduva.

É claro que o IBCCRIM não está defendendo o crime em si, nem se opondo às atividades de investigação, necessárias para a persecução penal. Mas tudo tem um limite, e o limite está na legalidade. Nenhum órgão do Estado tem o direito de praticar crime sob o pretexto de combater o crime. Há regras legais a observar. Os códigos estabelecem o modo de operar. As leis

determinam as fronteiras do admissível. A Constituição fixa os direitos individuais perante o Estado.

As prisões espetaculares e as invasões aparatosas de escritórios e de estabelecimentos comerciais famosos foram, como sabemos, antecedidas por ilegalidades toleradas quando eram cometidas apenas contra pessoas e grupos vulneráveis do povo. Há uma linha de continuidade em tudo isso, a qual obviamente não pode ser interrompida apenas a partir de sua metade. Enquanto admitirmos o ataque aos direitos de

alguns porque já excluídos da sociedade, estaremos simultaneamente admitindo violação dos direitos de todos, indistintamente.

A História mostra que há idéias que se disseminam por quase todo o mundo, numa espécie de moda que se espalha e dura algum tempo; tivemos a época das ditaduras, dos governos militares, da res-

tauração democrática. Hoje vivemos a luta contra o terrorismo — com tudo o que isso significa: invasão de países, derrubada de governos, prisões em massa, tortura e humilhação de prisioneiros. O problema é que os governos, empenhados em combater o terrorismo, acabam se arrogando poderes excepcionais e utilizando-os até mesmo contra os próprios cidadãos. Veja-se o caso da jornalista americana que foi presa porque não concordou em revelar a fonte de informações.

Será que estamos retrocedendo à barbárie?

Conclamamos nossos associados a resistir. A resistir, fazendo uso dos meios recursais previstos na lei. A resistir, denunciando na imprensa as ofensas à Constituição. A resistir, sustentando os princípios basilares da ordem jurídica.

Nós, operadores do Direito, sabemos o quanto são preciosos os princípios constitucionais que levaram séculos para se consolidar, e não podemos permitir que sejam deturpados, violados, esquecidos. ☐

Editorial

Índice

EDITORIAL:	
O LIMITE ESTÁ NA LEGALIDADE	1
A ANÁLISE DA PERSONALIDADE DO RÉU NA APLICAÇÃO DA PENA	2
Guilherme de Souza Nucci	
SOBRE O DEBATE DAS ARMAS: PALAVRAS DE UM SÁBIO	4
Alexandre Wunderlich	
PROPORCIONALIDADE: PERIGO DO CONCEITO ABERTO	5
Fábio Bittencourt da Rosa	
A INVASÃO NOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA: A CORROSÃO DA DEMOCRACIA	6
David Teixeira de Azevedo	
TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	8
Flávia Piovesan	
A PRISÃO PERPÉTUA, O TRATADO DE ROMA E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004	10
Marcelo Agamenon Goes de Souza	
O ESTATUTO DO IDOSO, O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: QUAL O "CONCEITO DE IDOSO" PARA FINS PENALIS?	12
Diego Viola Marty	
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA	13
João César Barbieri Bedran de Castro e Renata Flores Tibyriçá	
QUANDO A FALTA GRAVE NÃO É OBSTÁCULO PARA O INDULTO	14
Joe Tennyson Velo	
COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: POR QUE OS ALUNOS NÃO CARREGAM A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL	18
Thomaz Moreira Werneck	
O DIREITO PENAL GARANTISTA	19
Ronald Amaral Júnior	
Caderno de Jurisprudência	
O DIREITO POR QUEM O FAZ: É NECESSÁRIA A AVALIAÇÃO MÉDICA DO CONDENADO PARA SUA SUBMISSÃO AO RDD	913
Vico Mañas	
O DIREITO POR QUEM O FAZ: COLOCAR PLACA EM EDIFÍCIO TOMBADO NÃO É CRIME AMBIENTAL	914
José Damiano Pinheiro Machado Cogan	
O DIREITO POR QUEM O FAZ: POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE A PROPORCIONALIDADE DA PENA IN ABSTRACTO	915
Marcos Augusto Ramos Peixoto	
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	917
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	918
TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS	918
TRIBUNAIS DE JUSTIÇA	920

O termo *personalidade* deriva de *persona*, que significa máscara, referindo-se às máscaras utilizadas pelos atores nos dramas gregos, buscando dar significado aos papéis que representavam. Atualmente, continua refletindo os papéis que todos desempenhamos na vida em sociedade. Trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. A conduta do indivíduo é certamente influenciada por seu patrimônio genético, mas não totalmente determinada por ele, uma vez que é, igualmente, resultado do seu processo de vida, configurando a consistência de seu comportamento. Na definição de **Mario Fedeli**, a personalidade *“representa a totalidade completa, a síntese do Eu: constitui o núcleo inconfundível, irrepetível, peculiar de cada indivíduo. (...) A ela devem-se a particular visão dos valores de um indivíduo, os seus centros de interesse e o seu modo de chegar ao valor predominante para o qual tende. A personalidade é que vai constituir a originalidade e a nobreza da individualidade, pois ela revela as escolhas e as preferências dadas a um determinado valor”*⁽¹⁾.

São exemplos de elementos da personalidade, que se pode buscar na análise do modo de ser do autor da infração penal: a) aspectos positivos: bondade, alegria, persistência, responsabilidade nos afazeres, franqueza, honestidade, coragem, calma, paciência, amabilidade, maturidade, sensibilidade, bom humor, compreensão, simpatia, tolerância, especialmente à liberdade de ação, expressão e opinião alheias; b) aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, distração, inquietude, esnobismo, ambição desenfreada, insinceridade, covardia, desonestidade, imaturidade, impaciência, individualismo exagerado, hostilidade no trato, soberba, inveja, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade. Naturalmente, muitos desses fatores, quando isoladamente considerados ou mesmo quando não repercutem no desrespeito ao direito de terceiros, devem ser concebidos como frutos da liberdade de ser e de se expressar do indivíduo. Porém, ao cometer um crime, especialmente se a característica negativa de sua personalidade for o móvel propulsor — como a inveja incontrolável ou o desejo de praticar maldade —, deve ser levada em conta para o estabelecimento da pena. Esta, no entanto, não será aumentada se não

houver nexo de causalidade entre o delito e o elemento negativo da personalidade do agente. Evidentemente, não é porque alguém é egoísta ou exageradamente individualista que merecerá pena exacerbada ao cometer um homicídio, *u.g.*, por razões outras que não se ligam a tais fatores. Mas, se porventura alguém mata outra pessoa, com quem divide uma habitação, somente para preservar seu “espaço”, cultivando e enaltecendo sua porção egoística, tal elemento deve ser levado em consideração para a fixação da pena.

É imprescindível, no entanto, haver uma análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido, que tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir sua sobrevivência. Por outro lado, personalidade não é algo estático, encontrando-se em constante mutação. Estímulos e traumas de toda ordem agem sobre ela. Não é demais supor que alguém, após ter cumprido vários anos de pena privativa de liberdade em regime fechado, tenha alterado sobremaneira sua personalidade. O cuidado do magistrado, nesse prisma, é indispensável para realizar justiça.

Há variadas críticas no tocante a servir o elemento *personalidade* de base à avaliação da culpabilidade (juízo de censura que se faz em relação ao autor do injusto penal), inclusive sob a alegação de que é impossível ao juiz elaborar um diagnóstico preciso acerca da personalidade de alguém. Assevera-se que a avaliação desse fator na fixação da pena-base provoca um juízo de reprovação incidente sobre o que o agente é ou pensa e não apenas sobre o que ele realizou, e isso seria uma forma indevida de culpabilidade do autor pelo modo de vida. Não nos parece devamos encerrar a questão sob a ótica de que a punição está sendo efetivada por conta do modo de ser de uma pessoa. Para decidir se houve ou não crime, o juiz não leva em conta a personalidade. Logo, inexistente punição somente porque alguém é diferente da maioria, retirando-se sua liberdade de

agir ou pensar. Entretanto, justamente para evitar a padronização da pena, após a constatação de que o delito ocorreu, deve-se levar em consideração, sim, o *modo de ser* do acusado, inclusive porque a premeditação do delito, por exemplo, cultivada de forma lenta e gradual, calculada, estudada e maquiavelmente executada, é demonstrativa de uma personalidade maldosa e desleal, merecedora de maior censura, sem dúvida.

O juiz não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade, bastando o seu natural bom senso, utilizado, inclusive e sempre, para descobrir a própria culpa do réu. Inexiste julgamento perfeito, infalível, pois sempre se trata de simples justiça dos seres humanos, de modo que o critério para analisar o *modo de ser e agir* de alguém constitui

Invadir o âmago do réu, através da análise de sua personalidade, para conhecê-lo melhor, não como mero objeto da aplicação da pena, mas como sujeito de direitos e deveres, enfim como pessoa humana, torna a pena mais justa e sensata no seu quantum e no seu propósito.

parte das provas indispensáveis que o magistrado deve recolher. É bem verdade que há decisões superficiais, mencionando em poucas palavras que a personalidade do réu é *deturpada* ou *voltada ao crime*, mas esse critério não necessita ser por isso eliminado, bastando que seja aperfeiçoado, dedicando-se o julgador a buscar maiores elementos de apoio para chegar ao seu veredicto. Podem e devem as partes contribuir para tanto, inclusive, se necessário, solicitando a produção de avaliação psicológica do acusado, ou mesmo arrolando, como testemunha, profissional especializado para fornecer informações detalhadas ao juiz.

Não se exige que o magistrado seja um autêntico psicólogo para avaliar a personalidade; afinal, essa análise não tem a finalidade de conferir ao réu um tratamento qualquer, mas sim aplicar-lhe uma pena pelo crime reconhecidamente cometido. Fosse considerado um autêntico diagnóstico o julgamento do juiz acerca da personalidade, como se se tratasse de um profissional especializado, e não poderia o magistrado avaliar praticamente nada em matéria penal. Lembremos que a análise do dolo (se direto ou eventual) e da culpa (se consciente ou inconsciente) envolve critérios subjetivos do julgador, ➡

➔ ainda que calcados nas provas existentes nos autos. Quanto mais se cercear a atividade individualizadora do juiz na aplicação da pena, afastando a possibilidade de que analise a personalidade, a conduta social, os antecedentes, os motivos, enfim os critérios que são subjetivos em cada caso concreto, mais cresce a chance de padronização da pena, o que contraria, por consequência, o princípio constitucional da individualização da pena, aliás, cláusula pétrea.

Invadir o âmago do réu, através da análise de sua personalidade, para conhecê-lo melhor, não como mero objeto da aplicação da pena, mas como sujeito de direitos e deveres, enfim como pessoa humana, torna a pena mais justa e sensata no seu *quantum* e no seu propósito.

Insistimos, pois, dever o julgador, ao analisar detidamente a personalidade do réu, levar em conta os fatores que se esgotam na atividade delituosa e não no ser humano como um todo; afinal, feitos todos possuímos e nem sempre eles se revelam em móveis propulsores de ação criminosa. Portanto, se alguém é agressivo, desonesto e invejoso, ao praticar lesão corporal, o aspecto de sua personalidade a ser destacado na sentença é justamente a agressividade, desprezando-se as outras facetas negativas. Não se está julgando o ser humano apenas, mas o fato que ele praticou — culpabilidade pelo fato é a tônica —, motivo pelo qual se é invejoso ou desonesto pouco importa. Salvo, obviamente, se a

agressão foi calcada, por exemplo, na sua inveja. Nessa hipótese, duas são as particularidades a destacar e, com isso, agravar a pena-base.

Na precisa colocação de **Aníbal Bruno**, pode-se encontrar na personalidade valiosa contribuição para a fixação da pena, pois não se deve “*esquecer que o crime nasce do encontro de determinada personalidade com determinada circunstância*”⁽²⁾. Aliás, é o que sempre frisaram os estudos de psicologia, uma vez que “*não há personalidade sem conduta nem há condutas sem personalidade; essa última não é algo distinto que está ‘por trás’ dos fenômenos da conduta e não há nenhuma manifestação de um ser humano que não pertença à sua personalidade. Essa caracteriza-se por suas pautas de conduta mais habituais ou predominantes ou por certas características comuns a um conjunto predominante de suas manifestações de conduta*”⁽³⁾.

Nada mais justo e consagrador do princípio constitucional da individualização da pena do que levá-la em conta para a aplicação concreta da pena. 

Notas

(1) *Temperamento, Caráter, Personalidade*, pp. 272-273.

(2) *Das Penas*, p. 96.

(3) **BLEGER, José**. *Psicologia da Conduta*, p. 194.

Guilherme de Souza Nucci
Livre-docente em Direito Penal
pela PUC/SP

PARTICIPEM DO BOLETIM!

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

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

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

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



IBCCRIM

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

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

1º VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2º VICE-PRESIDENTE:

Sérgio Mazina Martins

1ª SECRETÁRIA:

Tatiana Viggiani Bicudo

2º SECRETÁRIO:

Theodmiro Dias Neto

1º TESOUREIRO:

Roberto Mauricio 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:

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

INTERNET:

Luís Fernando Camargo de Barros Vidal

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Renato Sérgio 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.

Ontem à noite participei de um debate numa rede de televisão sobre o referendo de outubro e o comércio de armas de fogo no Brasil.

É incrível como a participação nessa espécie de debate coloca o próprio debatedor em julgamento. Lá é o “sim” contra o “não” e não existe meio termo. Apenas uma ida ao programa de TV e você percebe que é bem possível que a visão utilitarista transmitida supere, em muito, a racionalidade que se espera do telespectador. O debate é sempre um debate político. Não é lógico. O empirismo vence sérias estatísticas. A casuística vence a técnica e a própria ciência.

Muitas vezes penso que numa sociedade marcada pela exclusão e pelo individualismo, qualquer um que defenda interesses sociais ou que envolva *deficit* de privilégio de determinados segmentos dominantes acaba por ser absorvido pelo discurso do imaginário social mais comum e tolo. Aquele discurso do “medo” e da “insegurança”. Num debate de televisão, aquele que defende direitos humanos acaba sempre cumprindo o papel do antipático do programa.

As pesquisas televisivas sempre refletem o senso comum mais tonto e infantil. Isto todos nós já sabemos. Mas lá vamos nós, sempre com alguma esperança que fica guardada no inconsciente (conscientemente ninguém vai ao debate!), na expectativa de fazer um contraponto, uma resistência ao pensamento padrão... mesmo sabendo que naquele não-lugar, os fins sempre justificam os meios. Justificam até que o pacto social contemporâneo seja construído pela caracterização de um Estado de Direito formado por valores iluministas como a *igualdade*, a *fraternidade*, os *direitos humanos* e, pasme o leitor, pelo **uso e o comércio de armas de fogo**.

Afinal, que (i)realidade é essa que se

descortina num momento em que o mundo está entre o *humanismo projetado* e a *barbárie real*?

Tenho assistido alguns episódios tristes. As guerras virtuais, a inversão ideológica do discurso dos direitos humanos que legitimou invasões bárbaras e seus resultados nefastos. Guantánamo e Abu Ghraib são exemplos. Na militância vivenciei casos de presos sem processo, sem contraditório e defesa ampla. Isto, todos nós estamos vendo diariamente. Agora mesmo assisti a democracia ser arranhada por invasões espalhafatosas e pela exigência da informação sobre a fonte da jornalista norte-americana. Advogados, psiquiatras, jornalistas e, em pouco tempo até os sacerdotes, estarão dando adeus à regra da sigilização.

Ou seja, vi quase tudo e em muito pouco tempo. Mas... sempre há algo de novo para ver. Ontem à noite, no debate que participei na televisão, assisti a própria Polícia defender que o cidadão adjetivado de “*de bem*” deve andar armado e, assim, presenciei o reconhecimento de sua própria falência.

Nessa linha, a Associação Brasileira dos Delegados de Polícia pretende que o povo não seja ouvido no referendo já aprovado democraticamente e que o cidadão tenha o direito de comprar armas de fogo. Para tanto, impetrou ação judicial no Supremo Tribunal Federal. É grave e triste. Significa entender que a Polícia “jogou a toalha”. Cansou de lutar por salário digno. Desistiu de ser pedinte de investimento. Isto é simbólico. Significa não acreditar que um dia ela, a Polícia, possa estar incluída num projeto social que realmente dê certo.

Resta o alerta, quem brinca com arma pode levar tiro no pé. A posição da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil — que não pode ser uníssona, penso eu — pode ter outros efeitos. Não penso

em ter que passar a andar armado. Penso numa sociedade com menos desigualdade social, com policial equipado, preparado e inteligente. Uma Polícia participativa e comunitária. Uma polícia que funcione e que resolva os conflitos que realmente devem ser resolvidos pelo aparato policial.

Ontem, após o debate na TV, refleti sobre o resultado da pesquisa. O número: 93% das pessoas telefonaram para o programa e votaram pelo direito de não haver referendo. Logo, desejam ter arma de fogo. Vamos às armas. Seremos, nós todos, os mocinhos do faroeste onde o cenário de fundo é o pampa gaúcho.

Fiquei pensando no Zé, que “toma dois ônibus” para ser frentista do posto aqui ao lado de casa. Guarda carros no final de semana e corta a grama no vizindário para alimentar a filha pequena que já é quarta da família. Talvez ele junte suas economias — e deve sobrar bastante — para comprar um revólver, pagar as taxas, pedir o porte. Quem sabe sobra algum para a matrícula num cursinho de tiro.

Ainda ontem, quando cheguei em casa tarde da noite, vi luzes acesas. Virei a chave, abri a porta e estava tudo no lugar. Logo veio ele, o pequeno Gabriel com quase quatro anos de idade. Ficava acordado assistindo o pai na TV. Rapidamente pensei em inventar uma estória e dizer que encontrei um de seus personagens preferidos lá na TV. Fui surpreendido: “*Pai, eu te vi na TV... porque os outros homens gostam de armas de fogo? Eu não tenho arma nem de brinquedo porque a mãe disse que é feio. Não é legal ter arma, né pai?...*”

Vejam só. Com ele não foi preciso debater. ●

Alexandre Wunderlich

Professor de Criminologia e Política Criminal Contemporânea no PPG em Ciências Criminais da PUC/RS

LEIA NA REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS Nº 54

- *Da privação dos sentidos a legítima defesa da honra: considerações sobre o direito e a violência contra as mulheres* - **Andrea Borelli**
 - *Lo justo y lo razonable* - **George P. Fletcher**
- *O crime de colarinho branco: aplicação e eficácia da pena privativa de liberdade* - **Luciana Rodrigues Krempel**
 - *Agências responsáveis pela ação penal: um estudo comparativo* - **Fábio Kerche**
- *Cooperação penal internacional nos delitos econômicos* - **Pedro Barbosa Pereira Neto**
 - *Federalização dos crimes contra os direitos humanos* - **Flavia Piovesan**
 - *A nova lei de armas* - **Flavio Flores da Cunha Bierrenbach**
 - *La cárcel y el sistema penal (en España y en Europa)* - **Iñaki Rivera Beiras**
- *La incorporación de la reflexión bioética a las decisiones judiciales: un puente al futuro* - **Stella Maris Martínez**
 - *O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional* - **Antenor Madruga**
 - *Crime em face da vítima* - **Arnaldo Malheiros Filho**
 - *Inquérito policial e direito de defesa* - **Paulo Thadeu Gomes da Silva**
- *Ementário de Jurisprudência* - **Roberto Delmanto Junior e Fabio Machado de Almeida Delmanto**

PROPORCIONALIDADE: PERIGO DO CONCEITO ABERTO

Fábio Bittencourt da Rosa

A proporcionalidade constitui um postulado de interpretação sobre os limites de eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Na época atual, de insegurança inquestionável e de uma criminalidade sofisticada, quase imune à jurisdição, preconiza-se um questionamento dos direitos e garantias individuais. Por tal modo, quando se evidencia situação que põe em perigo a ordem, a segurança, a economia, a saúde pública ou o meio ambiente, põe-se o julgador a apreciar no cotejo de interesses qual o preponderante, ou seja, se o interesse coletivo ou a garantia individual.

A proporcionalidade, diante disso, caracteriza-se como critério limitador do gozo dos direitos fundamentais. Mas o grande problema é em que medida isso será admissível. Não se pode fixar um percentual exato na medição dos interesses em jogo. Por exemplo, se o que se pretende é quebrar o sigilo telefônico para desbaratar uma quadrilha ativa de entorpecentes, parece evidente que estaremos diante de um limite máximo para neutralizar o direito à intimidade, assegurando a garantia à saúde pública. Entretanto, se a invasão da privacidade visar a coibir ilícito de prejuízo insignificante tal limite será mínimo ou inexistente. O jogo de interesses ou conflito de princípios tem que pressupor um peso considerável para ignorar-se o direito fundamental de um cidadão.

A interpretação sobre a extensão e prevalência do princípio não pode configurar um ato arbitrário do juiz, sob pena de estabelecer-se situação de instabilidade e insegurança social. Ressalte-se que se trata de neutralizar o gozo de uma garantia individual.

Parece, então, que o magistrado haverá

de respeitar algumas premissas para sobrepôr um interesse coletivo a uma garantia do cidadão. E a primeira delas deverá ser a **excepcionalidade** da medida. Somente casos extremos de ilícitos, presentes os requisitos da proporcionalidade (fundada suspeita, adequação da medida, necessidade da prova e proibição de excesso), justificarão a minimização dos direitos fundamentais.

Como se vê, estamos diante de uma sensível e delicada situação no momento atual em que a imprensa exerce pressão sobre o sistema para soluções mais duras em relação à criminalidade. Qualquer motivo passa a sustentar decisões que autorizam quebra de sigilo ou medidas extremas, como as reiteradas invasões de escritórios de advocacia, além de prisões indiscriminadas.

O modismo populista ao molde da indústria cinematográfica americana, que elege seus super-heróis, está a contaminar alguns segmentos do Ministério Público e da Polícia neste País.

A imprensa, por seu lado, tem aplaudido tais investidas contra os direitos e garantias individuais. Cuide, porém, de que logo chegará sua vez. Nos Estados Unidos da América o sigilo da fonte teve sua quebra determinada pela Justiça, recolhendo-se à prisão uma jornalista, que preferiu silenciar. E sabem em que base a decisão apoiou-se? Exatamente no princípio da proporcionalidade.

Esse postulado, com certeza, desde que vulgarizado e tornado elástico, passará a constituir um sério perigo ao Estado de Direito. ●

Fábio Bittencourt da Rosa
Advogado no Rio Grande do Sul

Fábio Bittencourt da Rosa



IBCCRIM

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Mariângela Gama
de Magalhães Gomes

COORDENADORES ADJUNTOS:

Andréa Cristina D'Angelo,
Leopoldo Stefano Leone Louveira,
Mariângela Lopes Neistein,
Paulo Sérgio de Oliveira e
Raissa dos Reis Balaniuc Mendes

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas
Tel. (11) 6215-3596
Fax (11) 6591-3999
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

PROPORCIONALIDADE: PERIGO DO CONCEITO ABERTO

MESA DE ESTUDOS E DEBATES

Ocorrerá no dia 25 de agosto, às 10:00 horas da manhã, na sede do IBCCRIM (auditório do 2º andar), a Mesa de Estudos e Debates cujo tema será "Prostituição Infantil".

Todos estão convidados!

Mais informações no site www.ibccrim.org.br, pelo e-mail simone@ibccrim.org.br ou pelo telefone 3105-4607 Ramal 153.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: CONDIÇÕES ESPECIAIS PARA GRUPOS ACADÊMICOS

Considerando a importância de tornar o nosso Seminário Internacional mais acessível aos estudantes de graduação, criamos uma nova categoria de participação: a de "Grupo Acadêmico".

Pacote mínimo: 1 (um) professor e 9 (nove) alunos, na área de telão para os grupos acadêmicos

Valor: R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), sendo que, formado o grupo, sempre com o mínimo de 10 pessoas, terá direito à inscrição de mais uma pessoa gratuitamente.

Pagamento: pode ser parcelado em até 3 (três) cheques pré-datados.

Certificado: a todos do Grupo será conferido certificado de participação com a devida carga horária.

Mais informações pelo telefone/fax: (11) 3105-0109, ou pelo e-mail: julia@ibccrim.org.br.

No último abril, um reconhecido escritório de advocacia foi “**invadido**” pela Polícia Federal para cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido por magistrado federal do Rio Grande do Sul. Extravassando dos limites jurídicos e democráticos razoáveis para o cumprimento do mandado, a autoridade policial (sem exibir a ordem) ingressou no escritório, determinou a paralisação das atividades regulares e confinou os profissionais e funcionários em uma sala. Isto é, ingressou no escritório, obstaculizou o desenvolvimento de atividade profissional lícita, manteve em cárcere privado advogados e funcionários. A atmosfera foi de absoluta ilegalidade, parcialmente dissipada bem mais tarde, após a chegada dos advogados titulares, quando finalmente exibido o mandado de busca e apreensão. Parcialmente dissipada, repita-se, porque não havia a autorização judicial — e nem poderia juridicamente existir — de paralisação das atividades do escritório e de execução do cárcere privado.

Em junho do corrente, na denominada Operação Cevada advogados da empresa investigada foram presos, e o distinguido escritório de Advocacia liderado pelo professor **Luiz Olavo Baptista** (que no dia representava o Brasil no exterior junto à Organização Mundial do Comércio) recebeu a invasão da Polícia Federal, escudada em um mandado de busca e apreensão genérico expedido pela autoridade judiciária de outro Estado, sem ao menos observar-se o “cumpra-se” em São Paulo, o que constrangeu inclusive a presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. E toda essa exibição teatral debaixo da fundada dúvida quanto à existência do crime de sonegação fiscal, principalmente em virtude de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, segundo as quais a factualidade típica nasce quando esgotada a discussão no âmbito administrativo. No caso da Operação Cevada nem mesmo havia auto de infração lavrado por sonegação fiscal.

O fato não é novidade (aliás, enquanto revejo este artigo, nesta manhã de 30/6/05, é “visitado” sem convite o escritório de Advocacia Oliveira Neves) e tem-se repetido de forma alarmante. No mês de dezembro de 2004, outros escritórios de advocacia de reputados advogados e professores paulistanos também foram objeto de busca e apreensão, levando-se inclusive o disco rígido dos escritórios, o centro vital de funcionamento das bancas, onde estavam dados íntimos, privados e sigilosos de todos os clientes.

A esfera da intimidade é essencial ao sujeito como atributo inderrogável de sua

personalidade, e ao advogado como condição do exercício de seu múnus público, tanto para tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana quanto para o resguardo dos princípios de um Estado Democrático de Direito.

No plano pessoal, há conteúdos escondidos da personalidade, idéias, concepções da vida, juízos, emoções, todos desconhecidos da consciência ou, se conhecidos, que nunca se pretende sejam revelados. São as verdades interiores, os fatos íntimos. No plano do exercício da advocacia, o segredo das informações e documentos obtidos no desempenho profissional constitui requisito essencial para o exercício do direito de defesa e adequado comportamento — estratégico e eficaz — no âmbito do efetivo contraditório⁽¹⁾.

O fato é que, conglobante do direito ao segredo e à reserva, há, como diz **Colliard**, citado por **Ada Pellegrini Grinover**, uma terceira liberdade fundamental ao lado da segurança e da liberdade de locomoção: o direito à intimidade⁽²⁾, e aqui incluída a intimidade profissional. Trata-se, a intimidade, de direito inerente à personalidade e, por isso, inserido nas liberdades públicas, direito oposto à autoridade pública, quer no campo da administração, quer no da Polícia Judiciária ou no da atividade jurisdicional⁽³⁾. O direito ao silêncio, o direito a não-informação, o direito de calar e fechar-se em si mesmo, nos próprios pensamentos e reflexões, o direito de manter terceiros alijados da esfera dos segredos e de não se expor, nem expor a conhecimento de terceiros e do Estado fatos e situações jurídicas, o direito de posicionar-se axiológica e livremente perante as coisas, os homens e, principalmente, o Estado constitui direito fundamental da pessoa humana. Constitui mesmo um direito a uma personalidade íntegra, inteira, fechada, sem brechas ou fissuras, as quais sempre lhe prejudicam a unidade e criam a sensação de fragilidade e insegurança.

Esse direito ao silêncio e à não-intervenção ganha dramaticidade e relevância exponencial quando na contraparte do cidadão acha-se, não outro consorte, mas o próprio Leviatã, horrorizado por **Hobbes** nos começos da concepção do Estado moderno e demonizado por todos os espíritos lúcidos e arejados do Iluminismo. Deve o Estado conhecer limites e freios, não podendo desenhar-se segundo o modelo de **Machiavelli**, ou seja, sem estruturação ética, voltado para a realização da pura força segundo explícitos fins políticos, dentro de uma ética pragmática ou utilitária que permitia prevalecer so-

bre o inimigo externo e interno, abandonada a qualquer princípio superior moral ou transcendente.

O modelo liberal e democrático veio redesenhado na Revolução Burguesa ou, antes, na Revolução Gloriosa inglesa. De acordo com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por intermédio dos arts. 4 e 5 e o subsequente Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, nos arts. 14 e 15, entre outros direitos fundamentais a serem resguardados arrolara-se o direito de não ingerência, como o direito à “*proteção contra a interferência arbitrária na vida privada*”.

O recorte de Estado que se avizinha, com a concepção tecnológica do poder, é o Estado totalitário e totalizante, interventor contumaz na esfera circumsrita do cidadão; o Estado curioso e investigativo da vida privada, que escarafuncha a privacidade, visita com força a intimidade, regula em minúcias o comportamento. Esse Estado é sem limites e controlador, não deixa espaços de liberdade nem externa nem interna, não garante a liberdade descendente da lei nem aquela procedente da alma, a liberdade positiva e a liberdade da indiferença ou dos contrários⁽⁴⁾.

O Estado de feitio tecnológico não se desenha segundo os moldes clássicos de equilíbrio entre interesses pessoais e coletivos, e de composição ou compromisso entre os direitos fundamentais e seu reconhecimento e a expressão constitucional e social. Esse Estado trabalha com a categoria da “razão de Estado”, segundo a qual “*a segurança do estado é uma exigência de tal importância, que os condutores dos estados são obrigados, para garanti-la, a violar as normas jurídicas, morais, políticas, econômicas, que consideram ao contrário, imperativas quando tal exigência não está em jogo*”⁽⁵⁾. E, assim, “*diante das exigências políticas, o homem poderá ficar reduzido a pura e simples coisa, a puro e simples instrumento*”⁽⁶⁾.

É o que está a acontecer com o caminho desgraçada e perigosamente ascendente da legislação brasileira e da praxe judiciária, no que toca ao aspecto da liberdade individual e da inviolabilidade da advocacia, expressas no direito à intimidade e ao segredo. O cidadão degradou-se a objeto — já não é sujeito⁽⁷⁾ — de investigação e seu defensor foi reduzido a uma peça decorativa ou, se ágil e efetivo, a uma peça absolutamente impertinente, devendo, assim, ser ou imiscuído (como forma de inocuidade de sua ação), ou afastado do inquérito feito sigilosamente, tornado inquisitivo, presidido agora por iniciados em bruxaria providos da Ordem Estatal. Já não a Inquisição nos moldes de Castela e da Contra-Reforma em que os “San-

➔ **tos Inquisidores**” perseguiram os bruxos, mas os próprios bruxos feitos inquisidores perseguem os homens de bem, o cidadão, a advocacia, todos perniciosos até prova em contrário.

Aliás, sobre o advogado as nuvens e as sombras da intervenção do Estado estão se levantando e expandindo em formas e desenhos terríveis. Melhor, já se está de baixo da procela. Denúncias são multiplicadas com a extração **a força** do advogado de sua condição profissional para categorizá-lo como autor ou partícipe. Os honorários dos advogados, em maliciosa interpretação, são tidos como forma de favorecimento real ou receptação. Pareceres jurídicos são havidos como colaboração jurídica na prática de infrações penais, mormente aqueles que vão de encontro à sanha do Estado em todos os âmbitos, em especial na seara jurídico-tributária. Na atualidade, como há uma relação de estrita confiança entre o advogado e seu cliente-cidadão, o expediente parece ser a busca e apreensão em escritório de advocacia, numa espécie de pescaria em aquário, ao menos assim na visão da Polícia e do Ministério Público, porquanto no escritório de advocacia sempre haveria prova da infração delituosa, e sempre haveria em arquivos e em comunicações telefônicas elementos urgentes e relevantes para a investigação criminal.

Não haja a mínima ilusão: toda vez que o Estado põe sob suspeita a advocacia é a própria democracia que começa a soçobrar sob os ventos da tirania, sob os bafoes quentes e nauseantes, agora não providos apenas do Executivo mas, em corrente e canalizado, do próprio Judiciário. É notável que nos regimes totalitários — desde os começos na contra-revolução francesa, nos momentos agudos da primeira grande guerra, ao tempo do nacional socialismo alemão e do fascismo italiano, ou seja, nos instantes totalitários — há o crepúsculo da advocacia.

A atividade da advocacia, portanto, é essencial ao estado democrático de direito. Constitui o pilar fundamental de uma estrutura política comprometida com o respeito aos valores todos da pessoa humana e sua ingente dignidade.

A atividade da advocacia, assim, transcede os limites específicos da defesa da causa e do relacionamento pontual com o cliente para alcançar a própria instituição democrática do Estado. Os direitos e prerrogativas a ela atribuídos nem constituem privilégios de uma classe profissional, nem privilégios do cliente, mas postulados fundamentais para manter de pé o Estado respeitador dos direitos e garantias fundamentais. A natureza e vocação dos direitos da advocacia é política e é humanista. Política porque tais direitos

defendem uma concepção específica de Estado (democrático), e humanista porque apresenta a dignidade da pessoa humana como centro de uma poderosa força centrípeta e centrífuga sobre todos os demais direitos.

Por essa razão dispôs o texto constitucional ser o advogado indispensável à administração da Justiça, inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão nos limites da lei (art. 133 da CF), e a Lei nº 8.906/94 (arts. 2º, 6º e 7º) estatuiu ser o advogado indispensável à administração da Justiça, constituindo sua atividade múnus público, a prestar serviço público e a exercer função social, sendo, por isso, inviolável por seus atos e manifestações. Por essa mesma razão o Estatuto da Advocacia proclama ser direito do advogado ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB.

Nessa ordem de pensamentos, a inviolabilidade do domicílio do advogado constitui um direito fundamental para a cidadania (direito ao segredo, direito à ampla defesa e ao contraditório) e para o exercício profissional. A exceção relativa ao mandado judicial há de ser, portanto, interpretada restritivamente e dentro de uma visão que não nulifique a garantia constitucional. Essa, aliás, deve ser a atitude hermenêutica frente a normas restritivas de direito fundamental.

Assim, é de ser procedida à busca e apreensão em escritório de Advocacia apenas depois de notificado o advogado do pedido formulado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, abrindo-se oportunidade de contrariedade, realizando em toda extensão o contraditório prévio. Ainda que procedente pela presença dos requisitos cautelares da busca e apreensão, o advogado deverá ser intimado a prestar as informações e oferecer os documentos dentro do prazo fixado judicialmente. Se houver descumprimento, aí sim é caso de busca e apreensão.

Em palavras simples: o direito de inviolabilidade não é absoluto, comportando restrições, dentro da teoria da inexistência de direitos constitucionais absolutos. Não obstante isso, deverá ser estabelecido o procedimento contraditório prévio, com subsequente oportunidade de apresentação voluntária dos elementos reputados importantes para a investigação criminal.

Esse o essencial defeito democrático e procedimental das decisões que deferem a busca e apreensão, a que se soma a forma

absolutamente ilegal como desenvolvida a diligência. Os advogados e a Ordem dos Advogados do Brasil repudiam vivamente a busca e apreensão efetivada ao arrepio da norma constitucional e da norma ordinária, e ultimada em franco desrespeito ao dever de apresentação prévia de mandado (o que vicia o ato *ab ovo*), desenvolvida de forma arbitrária com a paralisação das atividades regulares do escritório e com o confinamento dos advogados e funcionários em uma sala, como se fossem todos delinquentes. E mais. Com violação eschachada ao direito dos clientes do escritório ao sigilo.

Deve, por isso, ser argüida a responsabilidade civil (indenização) e criminal (abuso de autoridade, constrangimento ilegal) da autoridade responsável pela efetivação da medida de busca e apreensão, bem assim do magistrado que a deferiu se desrespeitados os direitos e garantias ao exercício da profissão e os direitos inerentes à cidadania, sendo o deles mais elementar o direito ao segredo e à privacidade. 

Notas

- (1) Como assinala **Maurice Garçon**, “o segredo respeita tanto às confidências recebidas pelo advogado, de viva voz ou de que tomou conhecimento como aos documentos em seu poder, que não confidências escritas. Constituem um depósito confiado à sua guarda que lhe cumpre subtrair a qualquer indiscrição e que conferem ao seu escritório certa imunidade. Mesmo que — continua — a correspondência recebida contenha uma confissão ou qualquer informação que possa levar a justiça a descobrir a verdade que investiga, nem por isso escapa ao segredo profissional; são confidências escritas feitas ao abrigo da indispensável confiança de que o advogado deve gozar, protegidas contra toda e qualquer indiscrição. Como disse **Faustine Hélie**, ‘o escritório do advogado deve ser poupado às buscas destinadas a descobrir indícios ou provas dos delitos imputados aos seus clientes’” (O Advogado e a Moral, Coimbra: Armênio Amado, 1963, pp. 91 e 100).
- (2) *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo: RT, pp. 69-71.
- (3) *Op. cit.*, p. 71.
- (4) **José Afonso da Silva**, *Direito Constitucional Positivo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 234.
- (5) **Francesco Cultrera**, *Ética e Política*, trad. de **Jairo Veloso Vargas**, São Paulo: Edições Paulinas, 1999, p. 55.
- (6) *Idem, ibidem*.
- (7) É que no processo penal como efetivado pelas autoridades policiais e até judiciárias, o investigado deixou de ser sujeito de direitos para transformar-se em objeto de investigação.

David Teixeira de Azevedo

Advogado, professor de Direito Penal da Universidade de São Paulo e vice-presidente da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB/SP

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização dos Direito Internacional contemporâneo, como atenta **Thomas Buergenthal**⁽¹⁾. É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a 2ª Guerra Mundial significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução.

Sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos, no Pós-Guerra, há, de um lado, a emergência do “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, e, por outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores. No âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana.

Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, o sistema internacional interage com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Daí a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido.

Neste contexto, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que traduzem o consenso internacional acerca de parâmetros protetivos mínimos relativos aos direitos humanos (o “mínimo ético irredutível”).

No Brasil, somente a partir do processo de democratização do País, deflagrado em 1985, é que o Estado passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, a partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil: a) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a

Tortura, em 20/7/1989; b) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28/9/1989; c) a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24/9/1990; d) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24/1/1992; e) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24/1/1992; f) a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25/9/1992; g) a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27/11/1995; h) o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13/8/1996; i) o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21/8/1996; j) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20/6/2002; k) o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28/6/2002; e l) os dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, referentes ao envolvimento de crianças em conflitos armados e à venda de crianças e prostituição e pornografia infantis, em 24/1/2004. A estes avanços, soma-se o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em dezembro de 1998.

Logo, faz-se clara a relação entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, tendo em vista que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, por sua vez essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, através da ampliação e do reforço do universo de direitos fundamentais por ele assegurado.

Este processo ensejou, por sua vez, intenso debate a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, à luz do disposto no art. 5º, § 2º da Carta de 1988.

A Constituição Brasileira de 1988, na qualidade de marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, ineditamente consagra: “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Atualmente, destacam-se quatro correntes interpretativas acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a)

a hierarquia supraconstitucional destes tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

Note-se que no âmbito do próprio STF a matéria não se encontra pacificada. Inobstante a posição majoritária do STF defenda a paridade hierárquica entre tratado e lei federal⁽²⁾, há posições favoráveis à hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, bem como à hierarquia infraconstitucional, mas supralegal destes, nos termos do art. 5º, § 2º da Constituição de 1988⁽³⁾.

Neste debate, sustenta-se tese em prol da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos. Entende-se que, à luz do art. 5º, § 2º da Carta de 1988, os direitos fundamentais podem ser classificados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.

Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional⁽⁴⁾. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Essa conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional — abertura que resulta na ampliação do “bloco de constitucionalidade”, que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais. A partir da Constituição de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princí-

pio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito Internacional.

Esse tratamento jurídico diferenciado aos tratados de direitos humanos se justifica na medida em que apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.

Adicione-se ainda o fato das Constituições latino-americanas recentes conferirem aos tratados de direitos humanos um *status* jurídico especial e diferenciado, destacando-se, neste sentido, a Constituição da Argentina que, em seu art. 75, § 22, eleva os principais tratados de direitos humanos à hierarquia de norma constitucional.

Conclui-se, portanto, que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, que combina regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos — por força do art. 5º, § 2º — apresentam natureza de norma constitucional, os demais tratados internacionais apresentam natureza infraconstitucional.

A EC nº 45/2004, ao introduzir o § 3º ao art. 5º, vem a endossar a existência de um regime jurídico próprio aplicável aos tratados de direitos humanos. Nos termos do § 3º ao art. 5º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição”.

Desde logo, há que se afastar o equivocado entendimento de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quórum qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais. A leitura sistemática dos dispositivos aponta que o quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados. Na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma ló-

gica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. A hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas⁽⁵⁾ e não o oposto.

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto que os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quórum de aprovação. A título de exemplo, destaque-se que o Brasil é parte da Convenção contra a Tortura desde 1989, estando em vias de ratificar seu Protocolo Facultativo. Não haveria qualquer razoabilidade se a este último — tratado complementar e subsidiário ao principal — fosse conferida hierarquia constitucional, enquanto que ao instrumento principal fosse conferida hierarquia meramente legal. Tal situação importaria em agudo anacronismo do sistema jurídico, afrontando, ainda, a teoria geral da recepção acolhida no Direito Brasileiro⁽⁶⁾.

Ademais, como realça Celso Lafer, “o novo parágrafo 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que pré-existe, ao clarificar a lei existente”⁽⁷⁾.

O § 3º do art. 5º vem a reconhecer de modo expresso a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos. Contudo, para que os tratados de direitos humanos obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de quórum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos — que é justamente o quórum exigido para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, § 2º da Carta de 1988. Nesta hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o texto constitucional.

Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º.

Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

Por fim, ressalte-se que os tratados de

direitos humanos contemplam parâmetros protetivos mínimos, buscando resguardar um “mínimo ético irredutível” concernente à defesa da dignidade humana. Deste modo, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno. Na qualidade de parâmetros protetivos mínimos, os tratados de direitos humanos têm como maior finalidade propiciar avanços internos e impedir retrocessos no regime de proteção dos direitos humanos. ◉

Notas

- (1) Thomas Buergenthal, prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. XXXI.
- (2) Sobre a matéria, ver HC nº 72.131/RJ, rel. ministro Celso de Mello, sendo votos vencidos os ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.
- (3) A respeito, destacam-se as posições do ministro Carlos Velloso, em favor da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos (HC nº 82.424/RS, conhecido como o “caso Ellwanger”) e do ministro Sepúlveda Pertence, em favor da hierarquia suprallegal, mas infraconstitucional dos tratados de direitos humanos (RHC nº 79.785-RJ). Sobre o tema, ver Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 6ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: ed. Max Limonad, 2004, pp. 93-94.
- (4) José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993, p. 74.
- (5) Celso de Albuquerque Mello, “O parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal”, in: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: ed. Renovar, 1999, p. 25.
- (6) A título de exemplo, cite-se o Código Tributário Nacional, que, embora seja lei ordinária, foi recepcionado como lei complementar, nos termos do art. 146 da Constituição Federal.
- (7) Celso Lafer, *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*, São Paulo: ed. Manole, 2005, p. 16.

Flávia Piovesan

Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da PUC/SP, professora de Direitos Humanos do Programa de Pós Graduação da PUC/SP, visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), procuradora do Estado de São Paulo, membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e membro da SUR – Human Rights University Network

1. Introdução

O artigo 60 da Constituição Federal que trata “Da Emenda à Constituição” em seu § 4º dispõe que “*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; e IV - os direitos e garantias individuais*”. São as chamadas Cláusulas Pétreas.

O artigo 5º da Lei Suprema — onde está inserido que não haverá penas de caráter perpétuo — compõe, junto com outros artigos, o título que dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais.

A linha de pensamento é simples: a proibição de adoção de pena de prisão perpétua está prevista no artigo 5º, que dispõe sobre os direitos e garantias individuais, que por sua vez fazem parte das chamadas cláusulas pétreas; por ser considerada cláusula pétrea não pode, sequer, ser objeto de deliberação no sentido de abolir ou restringir referido direito.

Desta forma, a proposta de emenda constitucional que pretenda adotar a pena de prisão perpétua no Brasil não será, ao menos, discutida pelos congressistas, já que a própria Constituição Federal assim proíbe.

Verifica-se assim que o Poder constituinte originário impôs limites materiais de forma explícita e implícita sobre determinadas matérias do texto constitucional.

2. Propugnação por um tribunal internacional

O mesmo Poder Constituinte original que impôs as limitações materiais, especificou no artigo 7º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias que *o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*⁽¹⁾.

Há que se observar que antes da aprovação e aceitação do Brasil quanto ao Tratado de Roma que deu origem ao Tribunal Penal Internacional, *“havia”*⁽²⁾ divergência no sentido da posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais relacionados aos direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal já havia pacificado o entendimento de que, qualquer tratado ou convenção, seria tratado como norma infraconstitucional devido ao princípio da soberania nacional⁽³⁾.

Contrário a este entendimento encontrava-se a doutrina, com destaque para as declarações de **Cançado Trindade** que prega no sentido de que a Constituição Federal de 1988 deve incorporar automaticamente as normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, onde as mesmas são dotadas de uma dignidade Constitucional, por força do que especifica o art. 5º, § 2º⁽⁴⁾.

Com a aprovação do Tratado de Roma e promulgação do mesmo pela Legislação brasileira, certo é que está sendo preservado o artigo 7º do ADCT, porém, ainda permanecia a divergência se a promulgação tornaria o mesmo norma de *status* constitucional ou infraconstitucional, diante do direito de soberania e do § 2º do artigo 5º.

Os posicionamentos quanto a aplicabilidades dos tratados e convenções sobre direito humanos como norma hierárquica igual ao do texto constitucional seria no sentido de ser aquele (tratado ou convenção), norma mais benéfica, pois, em sendo norma pior, deveria prevalecer a Constituição Federal. Este fato ocorre com o Tratado de Roma, que apesar de tratar sobre questões de direitos humanos, trás em seu contexto **2 (dois)** dispositivos que confrontam com nossa Constituição Federal:

a) as penas aplicáveis, uma vez que é possível a aplicação de prisão perpétua (art. 78, 1 b) que confronta com o artigo 5º XLVII, “b” da Constituição Federal que veda expressamente esta modalidade de pena;

b) entrega de indivíduos ao tribunal (art. 89, §§ 1 e 2) que confronta com o artigo 5º, LI, no que diz respeito a extradição de brasileiros natos.

Desta feita, apesar da previsão do artigo 7º do ADCT, artigo 5º, § 2º e do artigo 60, § 4º e seus incisos, todos da CF, e dos entendimentos contrários⁽⁵⁾, certo era a aplicabilidade dos artigos 78, 1, b e 89, §§ 1 e 2 do Tratado de Roma.

Por sua vez com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004 que acrescentou o § 4º no artigo 5º da Constituição Federal especificando que *o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão*, eventual divergência quanto à aplicabilidade dos dispositivos acima deixou de existir, não havendo que se falar em inconstitucionalidade, bem como em conflito aparente de normas, o que será analisado. Há que se observar que somente será abordada a questão em relação à prisão perpétua.

3. Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira

3.1. Conflito aparente de normas

Apesar da previsão expressa quanto à prisão perpétua por parte do TPI e sua vedação em nosso texto constitucional, não há que se falar em conflito de normas.

Ao se analisar os dois dispositivos, verifica-se a possibilidade de aplicabilidade de ambos. Desta feita, o artigo 5º, inciso 5º XLVII, “b” da Constituição Federal

continua a ser respeitado, uma vez que fica o legislador proibido de instituir a prisão perpétua para aqueles crimes previstos em nossa legislação penal (comum ou especial), em respeito à limitação material explícita descrita no artigo 60, § 4º do mesmo dispositivo.

Não somente a legislação, mas, nenhum juiz ou tribunal brasileiro poderá aplicar, como sanção penal, a pena de prisão perpétua, também pelo fato de ausência de previsão legal.

Por sua vez há que se observar que os crimes descritos sob jurisdição do Tribunal Penal Internacional, admitem no Brasil pena maior do que a própria prisão perpétua, uma vez que possibilitará a morte, conforme descreve o mesmo artigo 5º XLVII, “a”, desde que ocorra em tempo de guerra.

Há que se observar que não é qualquer tipo de guerra que admitirá a pena de morte, mas somente aquela resultante de agressão estrangeira, declarada pelo Presidente da República com autorização do Congresso Nacional⁽⁶⁾.

Percebe-se que a pena de prisão perpétua para os casos descritos no artigo 5º, 1, “a”, “b”, “c” e “d” do Tratado de Roma caso ocorram em tempo de guerra, é mais benéfica do que aquela prevista em nossa própria Constituição Federal e arroladas no Código Penal Militar, a exceção para as penas do crime de genocídio previstas na Lei nº 2.889/56.

Dúvida que pode existir está em relação ao fato de um brasileiro praticar um dos crimes previstos no Tratado de Roma, porém em outro país, não estando o Brasil em guerra.

Em uma situação como esta, caso o brasileiro venha a retornar ao Brasil, o certo é que deverá ele ser punido seguindo a legislação brasileira, tudo em respeito e observação ao direito de soberania, bem como ao princípio da complementariedade e da subsidiariedade do Tribunal Penal Internacional, descrito no artigo 1 do Tratado, além do que o artigo 20 do mesmo (Tratado de Roma) que prevê o *ne bis in idem*.

Caso o julgamento no Brasil, segundo o Tribunal Penal Internacional, não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as normas do devido processo reconhecidas pelo Direito Internacional, mas de tal forma que, nas circunstâncias, era incompatível com a intenção de efetivamente submeter o indivíduo em questão à ação da Justiça⁽⁷⁾, poderá o Tribunal Penal Internacional solicitar a entrega do brasileiro (nato ou naturalizado) a ele, conforme artigo 89, 1 do Tratado⁽⁸⁾.

3.2. Local do cumprimento da pena

Como o Brasil ratificou *in totum* o Tratado de Roma, o indivíduo ou Brasileiro que venha a ser condenado a uma pena de prisão perpétua, deverá cumprir sua pena no Estado designado pela Corte a partir de uma lista de Estados que demonstraram a ela seu interesse em aceitar os condenados.

Este ato de escolha é discricionário do tribunal, porém, deve em um primeiro momento ser dado a oportunidade de o cumprimento da pena ocorrer na própria pátria do condenado⁽⁹⁾, salvo se o tribunal entender não ser o mais aconselhável, uma vez que nem o lugar do crime e nem a nacionalidade são fatores decisivos⁽¹⁰⁾.

3.3. Artigo 75, *caput* do Código Penal

Não há conflito entre a pena de prisão perpétua, e o fato de agente vir a cumprir a pena em território brasileiro com o disposto no *caput* do artigo 75 do Código Penal que prevê que ninguém cumprirá mais do que 30 (trinta) anos de prisão no Brasil.

Conforme determina o artigo 110, 3 do Tratado de Roma, quando o recluso tiver cumprido 25 anos de prisão, em caso de prisão perpétua, o tribunal revisará a pena a fim de determinar se esta deverá ser reduzida.

A revisão da pena ocorre então antes do prazo máximo previsto no Código Penal brasileiro. Caso o tribunal entenda em manter a prisão perpétua, nada impede que o Brasil solicite a retirada do preso do território nacional, ou o Tribunal Internacional o faça de ofício para remete-lo ao outro Estado, conforme determina o artigo 104, 1 do Tratado, o que desta forma ocorrerá à devida observação do direito de soberania.

3.4. Possibilidade de aplicação de benefício da fase de execução

A competência para aplicação de benefícios e revisão da pena do condenado é exclusiva do Tribunal Penal Internacional, conforme especifica o artigo 110, 1, 2 do Tratado, ficando o Estado encarregado da execução impossibilitado de colocar em liberdade o recluso antes que tenha cumprido a pena imposta pelo mesmo, onde somente o TPI poderá decidir sobre a redução de pena.

Verificando o TPI a possibilidade de interferência interna do Estado encarregado do cumprimento da pena, poderá então determinar a transferência do condenado para uma prisão em outro Estado (art. 104, 1 do Tratado de Roma).

3.5. Necessidade de homologação ou *exequatur* por parte do Superior Tribunal de Justiça

A Emenda Constitucional nº 45/2004, alterou a competência quanto à homologação de sentença estrangeira e o *exequatur* das Cartas Rogatórias, que antes era do

Supremo Tribunal Federal⁽¹¹⁾, e agora passou ao Superior Tribunal de Justiça⁽¹²⁾.

Apesar da alteração quanto ao Tribunal, certo é que não havia e não há a necessidade de homologação da sentença do Tribunal Penal Internacional pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como observou **André de Carvalho Ramos** a decisão do Tribunal Penal Internacional não se equipara à sentença estrangeira, uma vez que a homologação é instituto relacionado com a cooperação judicial entre Estados. Desta feita, a homologação está relacionada a sentenças oriundas de Estado estrangeiro⁽¹³⁾.

O Tribunal Penal Internacional como organização internacional surge da cooperação entre os Estados-membros, não sendo esta organização equiparada a Estado estrangeiro. Desta feita a decisão internacional é juridicamente obrigatória e executável diante da presunção de boa-fé de tais decisões. O mesmo se diga em relação ao *exequatur* para as cartas rogatórias oriundas do TPI.

Desta feita, levando-se em consideração que as competências dos Tribunais descritas na Constituição Federal não admitem interpretação extensiva e analógica, o certo é que o Superior Tribunal de Justiça é incompetente de forma constitucional para a homologação e a expedição de *exequatur* das decisões e sentenças oriundas do Tribunal Penal Internacional, bem como de suas Cartas Rogatórias.

4. Conclusão

Sem a intenção de esgotar o assunto, uma vez que as questões envolvendo os direitos humanos, bem como os direitos fundamentais são inesgotáveis, é certo que a prisão perpétua deve ser vista como uma nova modalidade de prisão em nosso ordenamento jurídico após a Emenda Constitucional nº 45/2004 que acrescentou o § 4º no artigo 5º da Constituição Federal.

Desta feita não há conflito aparente de normas entre o § 4º do artigo 60 e o § 4º do artigo 5º, ambos da Constituição Federal.

A pena poderá ser cumprida no Brasil, independentemente do que especifica o *caput* do artigo 75 do Código Penal, uma vez que a pena será revista antes do prazo previsto no CP, podendo o agente ser transferido para outro Estado.

Todos os benefícios em favor do condenado serão avaliados pelo próprio TPI.

Por fim, não há que se falar em homologação e nem expedição do *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça uma vez que o Tribunal Penal Internacional é uma organização internacional e não um Estado estrangeiro, tornando-se assim o STJ incompetente de forma constitucional. ●

Notas

- (1) A Aprovação do Tratado de Roma que deu origem ao Tribunal Penal Internacional ocorreu em 17 de julho de 1998 pela Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000, aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto-Legislativo nº 112, de 6 de junho de 2002, e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.
- (2) Usamos o termo “*havia*” pois com a Emenda Constitucional nº 45/2004 que acrescentou o § 3º no artigo 5º, cremos que a divergência foi quase que solucionada, porém ainda não encerrada, pois conforme especifica o § 3º ora mencionado “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”. Caso o Congresso Nacional aprove um tratado ou convenção sobre direitos humanos nos moldes acima especificado, a divergência desaparece. Todavia, é certo afirmar que, a aprovação do tratado ou convenção sobre direitos humanos nos moldes das emendas constitucionais é algo **discricionário** do Congresso. Assim caso o Congresso aprove referidos instrumentos pela forma comum e anterior a EC nº 45/2004, certo que a divergência ainda permanecerá.
- (3) Neste sentido ver ADIN-STF nº 1.480/DF.
- (4) Cf. **TRINDADE, Antônio Cançado**. “A interação entre direitos internacionais e o direito interno na proteção dos direitos humanos”, *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, vol. 46, nº 182, pp. 27-54, jul./dez., 1993.
- (5) Em entendimento contrário quanto a possibilidade de aplicação da prisão perpétua instituída pelo Tratado de Roma está **Cezar Roberto Bitencourt** (disponível em www.ibccrim.org.br/Artigo4.htm, “Tribunal Penal Internacional. Prisão Perpétua. Inconstitucionalidade”. Acesso em 06.03.2005) justificando seu posicionamento no princípio da humanidade, onde o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a *dignidade da pessoa humana* ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.
- (6) Cf. art. 84, inciso XIX da CF.
- (7) Cf. art. 20, 3 “b” do Tratado de Roma.
- (8) Como já especificado anteriormente não será analisado no presente artigo a questão relacionada à extradição de brasileiro nato.
- (9) Art. 103, 3 “d” do Tratado.
- (10) Art. 103, 3 “e” do Tratado.
- (11) Conforme artigo 102, inciso I, “h”, revogado pela EC nº 45/2004.
- (12) Conforme artigo 105, inciso I, “i” com redação dada pela EC nº 45/2004.
- (13) Cf. **RAMOS, André de Carvalho**. *Tribunal Penal Internacional – O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*, organizadores **Fauzi Hassan Choukr, Kai Ambos**, 1ª ed., São Paulo: RT, 2000, pp. 281/282.

Marcelo Agamenon Goes de Souza

Mestre em Direito Processual Penal pela Unoeste e mestrando em Direito Constitucional pela ITE de Bauru, professor de Direito Constitucional e Prática Jurídica Penal da Associação Educacional Toledo, professor de Direito Processual Penal da Escola Superior de Advocacia (ESA), ex-professor de Direito Processual Penal da Univ. do Oeste Paulista (Unoeste) e advogado

O ESTATUTO DO IDOSO, O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: QUAL O “CONCEITO DE IDOSO” PARA FINS PENAIIS?

Diego Viola Marty

Diego Viola Marty

O texto objetiva trazer algumas considerações acerca do debate sobre o “conceito de idoso” para fins penais, levando-se em linha de conta o (nem tão) recente Estatuto do Idoso, instituído por força da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. O problema que nos propusemos a enfrentar, em verdade, orbita na seguinte premissa: qual o impacto do Estatuto do Idoso para o estabelecimento do conceito de idoso para fins penais?

Se se observar a evolução da legislação penal brasileira, notadamente com a edição do Código Penal de 1940 (instituído pelo Decreto-lei nº 2.848), ou seja, antes da reforma da “parte geral”, realizada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, o “idoso-réu” para fins penais era daquela pessoa que possuísse, no mínimo, setenta anos. Assim predispunham, por exemplo, os artigos 30, § 3º (possibilitando a suspensão condicional, nos crimes cuja pena de reclusão não excedesse a dois anos⁽¹⁾), 48, inciso I (delimitando, quando da aplicação da pena, a atenuante etária), e 115 (que reduzia, pela metade, os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, maior de setenta anos).

Para o idoso-vítima, por seu turno, a legislação utilizava, genericamente, o termo “velho”, inserto na antiga alínea *i* do inciso II do artigo 44 do Código de 40, determinando a agravação da pena, quando de sua aplicação, se praticado o crime contra “velho”, que, segundo Nelson Hungria, era aplicável somente nos casos de crimes praticados contra pessoas que tivessem mais de 70 anos⁽²⁾.

Dessa forma, restava evidente que o “conceito de idoso”, para fins penais, tivesse sido vítima ou autor do delito, era de pessoa que tivesse setenta anos ou mais, estabelecendo, dessa forma, critérios de aumento ou redução de pena quando, eventualmente, algum ancião estivesse envolvido, em qualquer pólo, no episódio penal.

A reforma operada pela Lei nº 7.209/84, em que pese tenha alterado diversos dispositivos da chamada “parte geral” do Código Penal, manteve o mesmo critério estabelecido na antiga legislação para o “conceito de idoso”, como se pode notar dos artigos 61, II, *b* (que estabelecia a agravante para os delitos praticados contra velhos⁽³⁾), 65, I (impondo a atenuação da pena se, na data da sentença, o réu for maior de setenta anos) e 115 (determinando a redução dos prazos prescricionais, da metade, se o réu for, na data da sentença, igualmente maior de setenta anos).

Importa referir que a aplicação da agravante inscrita na alínea *b* do inciso II do

artigo 61 do Código Penal gerou, desde então, seriíssimas dúvidas no tocante ao seu critério de aplicação, balançando-se, os tribunais brasileiros, pelo estabelecimento do critério cronológico dos 70 anos ou, ainda, pelo critério da senectude, que devia ser fixado caso-a-caso⁽⁴⁾.

De qualquer sorte, as dúvidas sobre o critério de aplicação, se cronológico ou pela senectude, para a agravante inscrita na alínea *b* do inciso II do artigo 61 do Código Penal foram, definitivamente, superadas com o advento do Estatuto do Idoso, instituído pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Destacou Paulo José da Costa Júnior que a “lei anterior não havia estabelecido qualquer critério para o conceito de velho. A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, em seu art. 110, alterou a letra *h* do art. 61, inc. II, do Código Penal, substituindo o termo velho por maior de sessenta anos. Vantajosa, sem dúvida, a substituição”⁽⁵⁾.

Assim, o Estatuto do Idoso contribuiu de forma decisiva para que o “conceito de idoso”, para fins penais, radicasse naquelas pessoas que, ao tempo do crime, possuísem sessenta anos ou mais, tanto que alterou, além do artigo 61, igualmente o parágrafo 4º do artigo 121 do Código Penal, entre outras modificações⁽⁶⁾. Aliás, passaram a ser consideradas idosas, a partir do primado de outubro de 2003, todas as pessoas que possuam sessenta anos ou mais, conforme se extrai do artigo 1º da Lei nº 10.741.

Entretanto, em que pese a contribuição do Estatuto do Idoso, no sentido de substituir a antiga expressão “velho”, que constava na agravante disposta na alínea *b* do inciso II do artigo 61, para maior de sessenta anos, que, definitivamente, resolveu o debate sobre a amplitude e os critérios de aplicação do conceito antigo, o Estatuto do Idoso criou, no próprio ordenamento penal, uma antinomia: passou-se a ter, simultaneamente no Código Penal, dois “conceitos diversos de idoso”, um para o “idoso-réu” e outro para o “idoso-vítima”.

É que, se se observar a contribuição trazida pelo Estatuto do Idoso para o ordenamento penal, ver-se-á que, além dos novos tipos jurídico-penais, a Lei nº 10.741 acrescentou somente causas de agravamento e majoração de penas, bem como retirou do idoso a capacidade de escusa absoluta nos crimes contra o patrimônio (artigos 181 e 182 do Código Penal), ou seja, aumentou o espectro punitivo quando os delitos forem praticados contra pessoas que tenham, no mínimo, sessenta anos, numa tentativa de proteger o “idoso-vítima”.

Todavia, o Estatuto do Idoso não alte-

rou nem a atenuante constante no artigo 65, I, nem o critério de aplicação da prescrição etária disposta no artigo 115, ambos do Código Penal, mantendo, assim, para o “idoso-réu”, o critério cronológico dos setenta anos.

Evidentemente se está diante de um flagrante desrespeito ao princípio constitucional da igualdade, na medida em que impõe tratamento diverso ao cidadão idoso figure ele como réu ou como vítima. Nesse sentido, a solução, entendemos, passa pela aplicação, aos artigos 65, I e 115, do novo “conceito de idoso” trazido pelo Estatuto do Idoso, devendo os referidos artigos serem aplicáveis não mais àqueles maiores de setenta anos, mas sim a todos que tiverem sessenta anos ou mais⁽⁷⁾. A hipótese, assim, é de sucessão temporal de leis penais, cuja nova (Lei nº 10.741), por ser mais benéfica ao acusado, deve ter aplicação imediata e retroativa. A medida, importa mencionar, harmonizará o Código Penal, uniformizando o “conceito de idoso” para fins penais. ●

Notas

- (1) Artigo posteriormente alterado pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.
- (2) Cf. Nelson HUNGRIA (Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1942, v. II, p. 262), “o Código, nos arts. 30, § 3º, 48, I, 115, precisou o limite de idade em que a velhice influe no tratamento penal”.
- (3) Vale acrescentar, ainda, que este inciso sofreu, depois da reforma de 1984, nova modificação, quando foi acrescentada, as hipóteses de agravamento de pena por crimes praticados contra criança, velho ou enfermo, a agravação da pena por crimes praticados contra mulher grávida, por força da Lei nº 9.318, de 5 de dezembro de 1996.
- (4) Nesse sentido, veja-se os seguintes julgados: “Tendo a vítima menos de 70 anos de idade, para que se reconheça a agravante de crime contra velho, indispensável é a prova da senilidade” (TAMG, AC, rel. Edelberto Santiago, RT 590/404); “A velhice é uma questão biológica e não cronológica. Nem sempre a simples idade coloca o adulto em condição de inferioridade. A condição de velho, que alude a agravante, deve apresentar a forma de sensibilidade, isto é, de velhice extrema que justifique a máxima senectus est veluti altera pueritia” (TACrim/SP, AC, rel. Ferreira Leite, RT 438/427).
- (5) COSTA JÚNIOR, Paulo José. Código Penal Comentado. 8ª ed., São Paulo: DPJ editora, 2005, p. 220.
- (6) Por exemplo, aquela inserida no inciso I do artigo 148 do Código Penal.
- (7) No mesmo sentido, PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal brasileiro. 4ª ed., v. 1., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 731.

Diego Viola Marty

Especialista em Direito Penal Econômico, mestre em Direito, professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Univ. Luterana do Brasil (ULBRA) e advogado

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

João César Barbieri Bedran de Castro e Renata Flores Tibyriçá

As medidas socioeducativas têm finalidade primordialmente pedagógica, no entanto, possuem também inegável caráter retributivo e repressivo.

De fato, a medida socioeducativa é a sanção aplicada ao adolescente que, submetido a um processo de apuração, comprovadamente praticou um ato infracional, que é a conduta equivalente a crime ou contravenção penal.

As medidas impostas aos adolescentes restringem direitos, ou os privam da liberdade, tendo uma característica nítida de reprovação pela conduta ilícita, assemelhando-se, assim, de forma clara, ao conceito de pena, tal como expresso por **Luigi Ferrajoli**: “a reação aflitiva a uma ofensa”⁽¹⁾.

Dessa forma, clara a aplicação do instituto da prescrição penal ao direito socioeducativo, até porque, caso não se reconheça tal possibilidade, estaríamos tratando o adolescente de forma mais severa que um imputável, a quem se reconhece esse direito, o que é vedado pelo art. 227, § 3º, inc. IV e V, da Constituição Federal.

Ademais, como já se manifestou o e. ministro **Felix Fisher** quando relator do REsp nº 535.037/RS: “Consoante **Damácio E. de Jesus** (*Prescrição Penal*, 10ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22), a prescrição, em face de nossa legislação penal, tem triplice fundamento: o decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato), a correção do condenado e, por fim, a negligência da autoridade. Todos estes fundamentos aplicam-se ao ato infracional. In casu, decorrido o período necessário à declaração da prescrição, a medida socioeducativa não tem mais fundamento, não tem mais razão de ser, pois o transcurso do tempo tornou ineficaz a prevenção genérica e específica que adviria da sua aplicação. Conseqüentemente, a fortiori, é de ser aplicado o instituto da prescrição”.

Com base em tais argumentos, vem sendo reiteradamente reconhecida a prescrição da pretensão punitiva da medida socioeducativa pelo Superior Tribunal de Justiça, havendo vários precedentes na 5ª e 6ª Turma: REsp. nº 171.080/MS, REsp. nº 489.188/SC, REsp. nº 150/016/SC, REsp. nº 341.591/SC, REsp. nº 283.181/SC, REsp. nº 226.379/SC, REsp. nº 160.906/SC, REsp. nº 226.370/SC, REsp. nº 241.477.SP, HC nº 34.550/RJ.

Recentemente, a Procuradoria de Assistência Judiciária da Infância e Juventude da Capital submeteu a questão da prescrição da pretensão executória da medida socioeducativa de liberdade as-

sistida ao Superior Tribunal de Justiça, tendo sido concedida a liminar no sentido de que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do mérito do writ (HC nº 44.453/SP⁽²⁾).

O cálculo dos prazos foi feito da forma abaixo descrita.

Como o Estatuto nada dispõe a respeito da prescrição das medidas socioeducativas, é de se aplicar o Código Penal com base no art. 152 do ECA, que permite a aplicação subsidiária das “normas gerais previstas na legislação processual pertinente”. Ademais, constituindo-se o Direito Socioeducativo um ramo especial do Direito Penal é clara a aplicação do Código Penal na falta de disposição específica que regule a matéria.

Conforme o art. 110 do Código Penal a prescrição da pretensão executória regula-se pela pena aplicada em concreto. As medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e de liberdade assistida são aplicadas por um determinado prazo, que é o tempo em que devem ser cumpridas, assim, não há qualquer dificuldade em considerar o prazo determinado para o cumprimento para fins de cálculo da prescrição. Maior dificuldade poderiam trazer as medidas de semiliberdade e de internação que não têm prazo determinado, porém estas medidas têm prazo máximo, o que pode ser considerado para fins de contagem da prescrição da pretensão executória, como se faria em caso de cálculo da prescrição da pretensão punitiva que, conforme o art. 109 do CP, é regulada pelo máximo da pena aplicada.

Após, deve-se buscar no art. 109 os prazos prescricionais de acordo com cada prazo da medida.

Encontrado o prazo prescricional da medida, cabe, então, com base no art. 115 do CP, reduzi-los a metade em razão da menoridade.

Assim, teremos o seguinte cálculo da prescrição da pretensão executória para cada uma das medidas socioeducativas:

a) prestação de serviços à comunidade

– o prazo de duração não excede a seis meses. Sendo o máximo da medida inferior a 1 (um) ano, conforme o art. 109, VI, do CP, prescreveria em 2 (dois) anos. Aplicando-se o redutor devido à menoridade, a medida prescreverá em 1 (um) ano;

b) liberdade assistida – fixada normal-

mente com prazo de 6 (seis) meses, que é o mínimo, ou 12 (doze) meses. Em caso de ser aplicada com prazo de 6 (seis) meses, o cálculo será o mesmo para a presta-

ção de serviços à comunidade e prescreverá em 1 (um) ano. Já se aplicada por 12 (doze) meses, conforme art. 109, V, do CP, como o prazo da medida é superior a 1 (um) ano prescreveria em 4 (quatro) anos, aplicando-se o redutor, o prazo será de 2 (dois) anos;

c) semiliberdade – não tem prazo determinado, mas é limitada ao prazo máximo de 3 (três) anos. Então, conforme o art. 109, IV, do CP, prescreveria em 8 (oito) anos, aplicando-se o redutor, o prazo será de 4 (quatro) anos;

d) internação – também não tem prazo determinado e é limitada ao prazo máximo de 3 (três) anos. Assim, do mesmo modo que a semiliberdade prescreverá em 4 (quatro) anos.

Cabe, ainda, analisar o termo inicial da prescrição da pretensão executória.

De acordo com o art. 112, inc. I, do CP a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para as partes, no caso, ou, ainda, do dia em que se interrompe a execução da medida, com base no art. 112, inc. II, do CP.

Dessa forma, se o adolescente nem chega a dar início à medida socioeducativa a ele aplicada, o termo inicial é do dia em que transitou em julgado a sentença que aplicou a medida. No entanto, se o adolescente chegou a iniciar a medida, mas a interrompeu, é a partir da data da interrupção que se conta o prazo prescricional.

Portanto, seja com base na característica repressiva da medida socioeducativa que a assemelha a pena, seja com base no decurso do tempo, que retira da medida a necessidade de sua aplicação, ainda mais quando o adolescente não pratica novo ato infracional, a prescrição da pretensão executória deve ser reconhecida com a conseqüente extinção da punibilidade, sob pena de se tratar os adolescentes de forma mais gravosa que os imputáveis. ●

Notas

(1) **FERRAJOLI, Luigi**. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, São Paulo: RT, 2002, p. 268.

(2) Rel. min. **Gilson Dipp**, DJ 16.06.2005.

João César Barbieri Bedran de Castro
Renata Flores Tibyriçá

Procuradores do Estado da Assistência Judiciária Criminal nas Varas Especiais e no Departamento de Execuções da Infância e Juventude da Capital

QUANDO A FALTA GRAVE NÃO É OBSTÁCULO PARA O INDULTO

Joe Tennyson Velo

Joe Tennyson Velo

Faz parte da cultura brasileira ao final de cada ano o Presidente da República, com fundamento no art. 84, inciso XII, da Constituição Federal, decretar indulto (*indulto natalino*) a fim de permitir ao Judiciário declarar extinta a punibilidade de cidadãos que já se encontram cumprindo pena. Segundo os últimos decretos, indulta-se quando a sanção aplicada seja no máximo 6 anos de prisão e o sentenciado satisfaça outros requisitos, de ordem objetiva (tempo mínimo de cumprimento da pena) e subjetiva (bom comportamento carcerário por certo período previsto no decreto), bem como não esteja em execução pena decorrente da condenação por crime hediondo ou assemelhado⁽¹⁾. Trata-se de política considerada oportuna do ponto de vista humanitário, pois amiúde os cárceres brasileiros não reúnem condições adequadas para manter seres como humanos, do ponto de vista administrativo, em razão da conhecida superpopulação carcerária e, finalmente, do ponto de vista disciplinar, porque a possibilidade do indulto, acredita-se, de algum modo fomenta no espírito do sentenciado a promissora expectativa de vir a ser beneficiado mais cedo com a liberdade caso mantenha-se obediente durante boa parte da execução da pena. Com tais características, o indulto é medida de *Direito Premial*, algo semelhante àquela tendência que **Giuseppe Bettiol** se referiu há cerca de quarenta anos. Terminologicamente, dizia o mestre de Padova, o *Direito Premial* poderá parecer um paradoxo no contexto de uma cultura que ao longo da história tem preferido sobretudo punir para corrigir, mas que, como todos os paradoxos, contém *um sopro de verdade*⁽²⁾. Hoje, portanto, como expressão *político-premial*, o indulto é resposta àqueles condenados que souberam, após certo tempo de prisão, assimilar as técnicas de disciplina impostas pelo sistema punitivo. Corresponde à tradicional mentalidade criminológico-positivista, de cunho idealista, que vê a pena, quando bem aplicada e executada, como remédio capaz de extirpar do criminoso o mal que o habita, enquanto o indulto, ao lado de outros instrumentos, tem lugar estratégico no exercício dessa proposta pedagógica.

Ocorre que algumas regras presentes no decreto não raro suscitam dúvidas, cuja solução requer atenção e cuidado, pois em jogo estarão o direito à liberdade e o dever de libertar, sem dúvida as mais destacadas circunstâncias em uma sociedade que alimenta a idéia da democracia e de seu mais importante corolário, o Estado de Direito. Mesmo em um pequeno corpo de normas de natureza administra-

tiva, mas com significado legislativo-premial, como acontece em relação ao decreto de indulto, os detalhes da técnica prescricional empregada exigem interpretação rigorosa, que não dispensa sintonia com princípios garantistas inerentes ao Direito Penal. É absolutamente necessário renovar a atenção para a importância dos princípios. Embora como discurso sejam óbvios e mereçam prestígio, na prática os princípios podem passar despercebidos, fruto do precipitado entendimento do decreto presidencial como sendo norma meramente administrativa, portanto isenta dos compromissos que a boa e inteligente postura liberal ainda recomenda observar todas as vezes em que a liberdade do cidadão está nas mãos do poder punitivo, o *mais terrível e odioso dos poderes*, como escreveu **Montesquieu**⁽³⁾.

Quanto ao último Decreto, de nº 5.295, destaca-se o seguinte: o indulto é autorizado caso o sentenciado tenha apresentado bom comportamento⁽⁴⁾ por apenas os últimos doze meses da execução, contados retroativamente à sua publicação (2 de dezembro de 2004). Reconhecido o direito ao indulto por sentença, a punibilidade estará definitivamente extinta passados vinte e quatro meses da expedição do termo circunstanciado previsto no art. 12 do decreto. O indulto, portanto, é condicional, segundo os critérios previstos no art. 10 do mesmo decreto.

Ao decretar a possibilidade do indulto, o Presidente da República incrementa no sentenciado o pensamento de que *será libertado* se, na data da publicação do decreto, tenha cumprido 1/3 ou metade da pena (dependendo tratar-se, respectivamente, de condenado primário ou reincidente) e não tenha cometido falta grave nos últimos 12 meses de execução da pena. Em relação aos condenados que ainda não preencheram estes requisitos ao tempo da edição do decreto, a norma presidencial é informativa e garante o advento de uma sentença de extinção da punibilidade após a satisfação dos requisitos. Não se cogita, em respeito ao princípio da *irretroatividade da norma "penal"* — aqui *premial* — *mais severa*, que um decreto de indulto revogue o direito à extinção da punibilidade que fora previsto em decreto anterior⁽⁵⁾. É outra consequência irrenunciável da filosofia garantista que deve fundamentar as interpretações em torno do tema. Por outro lado, em relação àqueles que, ao tempo da edição do decreto, já haviam satisfeito os requisitos previstos, o ato presidencial garante o reconhecimento de um direito já existente, equivalendo, nesta hipótese, a uma norma benéfica sobre todos os as-

pectos, a ser aplicada o mais rápido possível. Pelo artigo 9º, do atual decreto, no prazo de trinta dias, contados de sua publicação, a autoridade que custodiar o condenado e o Conselho Penitenciário encaminharão ao Juízo da Execução o nome dos condenados que satisfazem os requisitos necessários para a concessão dos benefícios previstos no mesmo. A liberdade é ditada judicialmente, após ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público.

Neste momento é importante destacar que o período de prova de “bom comportamento” carcerário está determinado no decreto, sendo proibido que através do emprego da interpretação analógica, da analogia ou outro artifício hermenêutico ou de integração seja ampliado este período, com prejuízo aos interesses do condenado. Como atenção ao princípio da legalidade estrita, o período de prova, uma vez satisfeito, aliado aos demais requisitos, garante o direito ao indulto, porque sua previsão legal é informativa em relação ao sentenciado e mandamental em relação ao Poder Público. Há o marco psicológico, inerente à expectativa estabelecida com a edição do decreto, bem como traçado está o *tempo relevante* para o reconhecimento do direito ao indulto, tempo este delineado pela manifestação “normativa” da Presidência da República, qual seja, os últimos 12 meses de execução da pena. Assim, o substrato temporal a ser analisado para a aferição do requisito subjetivo restringe-se ao período previsto. Os requisitos para a extinção da punibilidade com base no indulto em face dos crimes cujas penas estão sendo executadas, devem ser ponderados ao tempo da data da edição do decreto. Nesta data o sentenciado deverá ter cumprido 1/3 ou metade da pena e, nos últimos 12 meses, contados da mesma data, o comportamento há de ser considerado bom.

O assunto fomenta algum debate quando, apesar de preenchidos os requisitos referidos, após a edição do decreto de indulto o sentenciado pratica falta grave, uma fuga, por exemplo. A hipótese infelizmente está longe de ser situação incomum nas prisões brasileiras. Episódio como este naturalmente sensibiliza os personagens incumbidos de avaliar sobre a presença do direito ao indulto e a tendência, diga-se de passagem, é compreender que o direito está prejudicado. “Prisioneiro fugido não pode ser indultado”, por vezes sentenciava-se. Resta considerar qual postura político-criminal, ou mesmo filosófica, convém assumir numa situação como esta.

Parte-se da premissa de que o *direito* ➡

→ *ao indulto* nasce imediatamente após a edição do decreto para os sentenciados que, nessa ocasião, já preenchem os requisitos. Assim, a fuga acontecida após o período de prova previsto no ato presidencial não poderá servir de fundamento para a negação do benefício. A decisão judicial que declara extinta a punibilidade ou autoriza a libertação do sentenciado com fundamento no decreto de indulto tem natureza *declaratória* e não *constitutiva*⁽⁶⁾. O Presidente da República *indulta*, promove, através do decreto, o que identifica como sendo a *despenalização primária*. A indulgência é de sua exclusiva competência. O Poder Judiciário formaliza o que pode ser chamado como *despenalização secundária*, ou seja, ele reconhece se, em um caso concreto, o sentenciado preencheu os requisitos exigidos pelo Presidente e, assim, manda que se o liberte ou não. O trabalho judicial é de averiguação, quase de simples técnica jurídica, mero exercício de subsunção do fato à norma. Com efeito, a despeito da mentalidade pedagógica e moralista que consubstancia de modo implícito o requisito de “bom comportamento” para a concessão do indulto, o sentenciado não tem de se submeter a uma ponderação de natureza psicológica para a aferição de seu potencial criminoso (perigosidade) ou de disciplina, de modo que a fuga perpetrada após o período de prova não serve para coisa alguma no que concerne à identificação do direito ao indulto. O decreto de indulto tem por objetivo ser pragmático, valoriza o passado, desautoriza juízo sobre as possibilidades do sentenciado vir a ocupar lugar adequado na sociedade ou sobre o que ele ainda pensa quanto ao crime cometido. O “bom comportamento” nos últimos 12 meses é presunção absoluta de que a liberdade pode ser autorizada. O fato de o indulto ser condicional aperfeiçoa esta idéia. Em última análise, a valoração empreendida pelo juiz não alcança a personalidade do sentenciado. Sobre ela, o julgador recebe informações previamente construídas pela autoridade penitenciária (bom ou mau comportamento nos últimos 12 meses, contados retroativamente à edição do decreto). Não há lugar para se fazer investigação acerca das características morais, éticas, psicológicas do sentenciado, passadas ou prováveis. Tudo há de ser julgado num contexto de pura objetividade. O objeto de análise estará circunscrito a um período certo, cujo marco derradeiro é a data da edição do decreto de indulto. O que acontecer durante a execução da pena após esta data, a princípio não poderá interferir no juízo de extinção da punibilidade com base no decreto de indulto condicional nº 5.295/04. A situação é mais evidente

quando se constata que o artigo 1º, § 1º, inciso I, do decreto anterior (nº 4.904, de 1º de dezembro de 2003), exigia a demonstração de não prática de falta grave nos últimos 24 meses, contados de sua edição, *até a decisão judicial*. Vale dizer, o decreto de 2004 disciplinou o requisito “subjetivo” de modo menos rigoroso, devendo o aplicador da norma obedecer estritamente ao novo critério fixado pelo Presidente da República. Sem contar que, por vezes, as fugas após a apresentação do pedido de indulto são resultado da precária comunicação entre o sistema punitivo e o apenado, ou mesmo da natural impaciência deste para com a letargia administrativa e judicial em relação ao seu caso.

Não se trata de justificativa, mas de significativo sintoma que tem como etiologia a performance sabidamente imperfeita das instâncias incumbidas de respeitar os direitos individuais do encarcerado.

Mas este processo, pode-se dizer, de secularização, nem sempre é bem assimilado. Certa ocasião a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu em sentido oposto a ele. Quando julgou o Recurso Especial nº 416.299, de São Paulo, sob a ótica do Decreto Presidencial nº 2.838, publicado em 6 de novembro de 1998, que não condicionava a demonstração de bom comportamento até a data da sentença, entendeu que o bom comportamento deve perdurar enquanto a pena está sendo executada⁽⁷⁾. A decisão mostra-se equivocada porque, como visto, tangencia o princípio da legalidade estrita aplicável também ao Direito Premial. Já a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, atendeu melhor ao citado princípio quando analisou problema idêntico com base no Decreto de Indulto nº 1.860/96⁽⁸⁾.

Isto não significa que uma vez satisfeitos os requisitos para o indulto — e o mesmo vale para a comutação da pena — o sentenciado estará credenciado a praticar toda sorte de irregularidade no âmbito do sistema carcerário sem que isto repercuta de algum modo. Até a decisão declaratória final as faltas cometidas poderão ser punidas normalmente. A fuga do condenado, após satisfeito os requisitos para o indulto e antes da sentença declaratória, poderá acarretar as seguintes situações: a) até a data da sentença, porque a execução da

pena ainda está em vigor, o sentenciado poderá ser preso, conduzido ao estabelecimento em que se encontrava, ser punido administrativamente em face da falta grave cometida, sujeitando-se, enfim, às consequências que tal fuga provoca na execução da pena; b) se durante o período de fuga novo crime for praticado, o fato haverá de ser ponderado independentemente do pedido de indulto em curso, cabendo

atenção às orientações previstas no artigo 10 e parágrafos do Decreto nº 5.295/2004; c) de todo modo, o período de prova do indulto condicional somente será iniciado após as formalidades previstas no artigo 12 do decreto; d) por fim, a fuga acontecida após o período de prova

poderá ser considerada para o julgamento de outro pedido de comutação de pena, quando for a respeito deste benefício que se esteja discutindo.

Concluindo, imperioso entender que a fuga ou a prática de outra falta grave, não poderá prejudicar a declaração da extinção da punibilidade (condicional) em relação aos crimes cujas penas estavam sendo executadas e cujo período de prova, definido no mais recente decreto de indulto, foi satisfeito. Do contrário, haverá analogia, técnica de supressão de lacunas desaprovada em questões criminais quando para piorar a situação do cidadão em face do poder punitivo. Ademais, a analogia implica ofensa ao princípio da estrita legalidade⁽⁹⁾, compreendido aqui em sentido amplo. Este princípio, tradicionalmente pertinente ao trabalho de criação das definições criminosas (*taxatividade*), também há de ser observado quando da criação e interpretação do direito premial, em homenagem à indispensável definição e precisa aplicação das regras que disciplinam situações *premiáveis*. Empregar a analogia ou valer-se da interpretação extensiva com o propósito de ampliar definições premiais é perfeitamente tolerado, porém jamais assim o será se a intenção é reduzir o traçado pelo legislador (ou quem faça seu papel), problematizando-se o reconhecimento de direito através da exigência de requisitos inexistentes no texto normativo. Neste caso haverá desrespeito ao princípio da estrita legalidade premial. Lembrando o pensamento de **Ferrajoli**, o princípio que proíbe a analogia para o fim de

Imperioso entender que a fuga ou a prática de outra falta grave, não poderá prejudicar a declaração da extinção da punibilidade (condicional) em relação aos crimes cujas penas estavam sendo executadas e cujo período de prova, definido no mais recente decreto de indulto, foi satisfeito.

➔ aprisionar o cidadão é que consagra a diferença entre garantismo e autoritarismo penal, entre formalismo e substancialismo jurídico, entre Direito Penal mínimo e Direito Penal máximo⁽¹⁰⁾. Ao adaptá-lo ao tema ora em foco, a orientação minimalista é a que, fundamentalmente, não recomenda compreender a prática de falta grave após o período de prova como obstáculo à declaração da extinção da punibilidade pelo indulto.

Como obediência à estrita prescrição presente no decreto e à lógica garantista, o período a ser considerado há de ser apenas o espaço dos últimos 12 meses, anteriores à edição do decreto, nos quais o sentenciado deve demonstrar que se comportou, real ou artificialmente, *dócil* do ponto de vista disciplinar. ●

Notas

(1) Quanto à exclusão do indulto para os con-

denados pela prática de “crimes hediondos” tem-se as críticas, entre outras, de **João José Leal** (“A Lei nº 8.072/90 - LCH e a proibição do indulto humanitário”, São Paulo: **Boletim do IBCCRIM**, nº 147, fev/2005, pp. 11 e 12) e **Andrei Zenkner Schmidt** (“A crise da legalidade na execução penal”, Rio de Janeiro: Lumen Juris, *Crítica à Execução Penal*, 2002, p. 74).
(2) *Do Direito Penal ao Direito Penal*, “O problema penal”, Coimbra: Coimbra Editora, 1967, pp. 227 e segs.
(3) *Apud* **Luigi Ferrajoli**, *Diritto e Ragione*, Roma: Laterza, 2000, p. XV.
(4) Equivale a não condenação administrativa pela prática de falta grave (definida pelo Regulamento Penitenciário do Estado) apurada na forma do art. 59 e seguintes, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), *ex vi* o art. 4º, do Decreto nº 5.295/04. Além deste requisito, pode-se dizer, subjetivo, necessário que o sentenciado tenha cumprido mais de 1/3 da pena caso não seja reincidente ao tempo da condenação, ou 1/2, na hipótese de ser reincidente.

(5) Prevalece a norma do inciso XXXVI, do art. 5º, da Constituição da República (“a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito”).
(6) Raciocínio próximo a este manifestou o procurador da República **Francisco Dias Teixeira** (*Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCRIM*, São Paulo: RT, jan-mar, 1999, nº 25:119-20).
(7) Relator min. **Gilson Dipp**, DJU de 16/06/2003, p. 374.
(8) Agravo nº 297.025.108, rel. des. **Aramis Nassif**, j. de 01/10/1997 (cit. em *Crítica à Execução Penal*, **Alexandre Rosa, et alli**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 711-4).
(9) Vide **Ferrajoli**, *Diritto e Ragione*, cit., p. 374.
(10) Ob. cit., p. 375.

Joe Tennyson Velo

Joe Tennyson Velo

Professor na PUC/PR e na Falec, procurador do Estado, advogado e presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Paraná

CURSOS E EVENTOS

CURSO SOBRE “PROFISSÕES NA ÁREA CRIMINAL”

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em parceria com a Universidade São Judas Tadeu, realizará no dia 11 de agosto, exclusivamente para alunos da Universidade, Curso sobre “Profissões na Área Criminal”.

Local: Auditório do andar térreo da Universidade São Judas Tadeu - Rua Taquari, 546 - Mooca - São Paulo - SP

Mais informações pelo telefone (11) 6099-1785 ou pelo site: www.ibccrim.org.br

SEMANA JURÍDICA - UNINOVE

O Centro Universitário Nove de Julho - Uninove, realizará no dia 17 de agosto, com a colaboração do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, a *Semana Jurídica Uninove*. **Mais informações** podem ser obtidas acessando o site: www.ibccrim.org.br

I CONGRESSO DE CIÊNCIAS PENAIS DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em parceria com o Instituto Apromax de Ensino, realizará nos dias 18 e 19 de agosto, na cidade de São José do Rio Preto/SP, o *I Congresso de Ciências Penais de São José do Rio Preto/SP*.

■ 18/08/05 - Professores e Imprensa

• “A Reforma do Código de Processo Penal” (Dr. **Gustavo Henrique R. I. Badaró**), “Segurança Urbana” - Dr. **Theodomiro Dias Neto**

■ 19/08/05 - Inscritos no Congresso

“O Inquérito Sigiloso e as Prerrogativas do Advogado” (Dr. **Alberto Zacharias Toron**), “Bioética” (Dra. **Stella Maris Martinez/Argentina**), “Adolescentes em Conflito com a Lei” (Dra. **Karyna Sposato**), “Culpabilidade como Fundamento e Limite da Pena” (Dr. **Guilherme Nucci**), “Direito Penal do Inimigo” (Dr. **Luis Fernando Niño/Argentina**)

Informações e inscrições: Instituto Apromax de Ensino - Rua Benjamin Constant nº 3463 - Centro - São José do Rio Preto/SP

Tels. para contato: (17) 3235-7927 - (17) 3011-4152 - (17) 3014-4070.
E-mail: apromax@terra.com.br - site: www.apromax.com.br

SEMINÁRIO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL NOVAS PERSPECTIVAS - GOVERNADOR VALADARES/MG

A 43ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil - seção de Minas Gerais, realizará, em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, entre os dias 17 e 19 de agosto, na cidade de Governador Valadares/MG, o “Seminário de Direito Penal e Processual Penal – Novas Perspectivas”.

■ 17/08 - “Novos Rumos do Direito Processual Penal” - Dr. **Maurício Zanoide de Moraes**

■ 18/08 - “Novos Rumos do Direito Penal” - Dr. **José Carlos Dias**

■ 19/08 - “Juizados Especiais Criminais” - Dra. **Maria Lúcia Karam**

Mais informações pelo telefone (33) 3271-7805

SEMANA JURÍDICA SOBRE PROCESSO E CIDADANIA UNIVERSIDADE SÃO JUDAS TADEU

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em parceria com a Universidade São Judas Tadeu, realizará de 22 a 26 de agosto, exclusivamente para alunos da Universidade, a “Semana Jurídica sobre Processo e Cidadania”.

Local: Auditório do andar térreo da Universidade São Judas Tadeu - Rua Taquari, 546 - Mooca - São Paulo - SP

Mais informações pelo telefone (11) 6099-1785 ou pelo site: www.ibccrim.org.br

SEMANA JURÍDICA DA FAC. DE DIREITO DE DIADEMA/SP

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, em parceria com a Faculdade de Direito de Diadema/SP, realizará entre os dias 23 e 26 de agosto, *Semana Jurídica*, exclusivamente para alunos da Faculdade.

■ 23/08/05 - “Relação do advogado com a família do preso” - Dra. **Carmen Silvia de Moraes Barros** e Dra. **Adriana Ponchirolli**

■ 24/08/05 - “Crimes contra o idoso” - Dr. **Oscar Ferraz Gomes**

■ 25/08/05 - “Escola de Chicago e a cidade de São Paulo” - Dr. **Davi Tangerino**

■ 26/08/05 - “Porte de arma e a questão das campanhas de desarmamento e referendo” - Dr. **Alexis Augusto Couto Brito**

Mais informações pelo e-mail: simone@ibccrim.org.br

3º CONGRESSO DE DIREITO DOS NÚCLEOS DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ DE CASCAVEL E FOZ DO IGUAÇU

A EMAP Cascavel e a Univel, em parceria com o Núcleo da Escola da Magistratura de Foz do Iguaçu e com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, realizarão de 24 a 27 de agosto, o 3º Congresso de Direito dos Núcleos da Escola da Magistratura do Paraná de Cascavel e Foz do Iguaçu.

Mais informações pelo telefone (45) 3036-3636 ou pelo site: www.ibccrim.org.br

6º ENCONTRO TRANSDISCIPLINAR DE CIÊNCIA PENITENCIÁRIA - PELOTAS/RS

A Universidade Católica de Pelotas, UCPel, com a co-promoção do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM entre outros, realizarão nos dias 25 e 26 de agosto de 2005 o 6º Encontro Transdisciplinar de Ciência Penitenciária - Pelotas/RS.

Local: Livraria Guanabara – Rua Gonçalves Chaves, 410 - Tel. (53) 3225-3173 - Saguão do Campus I da Universidade Católica de Pelotas/RS.

Mais informações pelo site www.ucpel.tche.br/gitep
ou pelo e-mail gitep@uol.com.br

3º CICLO DE DEBATES DE DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL - CRUZEIRO/MG

O Instituto dos Advogados de Minas Gerais, visando à atualização dos profissionais e estudantes de Direito, promove, mais uma vez, um Ciclo de Debates de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Contando com excelentes expositores e debatedores convidados, e também com a participação de diretores do Instituto, o evento é uma ótima oportunidade para todos os interessados em reciclar seus conhecimentos naqueles ramos do Direito.

Data: 19, 20 e 21 de setembro de 2005

Local: Auditório da Ordem dos Advogados de Minas Gerais
Rua Albita nº 250, Cruzeiro/MG

Horário: 18h30min às 22h

Carga Horária: 9h / aula - **Informações:** (31) 3241-1226 ou iamg@iamg.org.br

IV SIMPÓSIO DE DIREITO PENAL PARA MATO GROSSO DO SUL

Organizador: Dr. Fábio Trad

Objetivo: Divulgar e consolidar o ideário garantista de um Direito Penal Democrático.

Temas: *A Crise da Lei, o Princípio da Proporcionalidade, a Dogmática, a Política Criminal, A Vitimologia, A Reforma no Processo Penal, Os Rumos do Direito Penal Brasileiro, O Momento Político do Brasil, O Garantismo, O Papel da Magistratura e da Advocacia Criminal no Estado Democrático de Direito, O Existencialismo Penal, Crimes Tributário, Crimes Falimentares, Súmula Vinculante Pro Reo*, etc.

Data: 18 a 20 de outubro de 2005

Horário: Das 08h00 às 18h00

Local: Palácio Popular da Cultura - Auditório Rubens Gil de Camilo

Cidade: Campo Grande/MS

Inscrições: A partir da segunda quinzena de agosto

Mais informações: simone@ibccrim.org.br ou www.ibccrim.org.br

PARCERIA CENTRO CULTURAL BANCO DO BRASIL

Informamos que a partir deste mês (julho/05) até dezembro/05 foi estabelecida uma parceria entre o Centro Cultural Banco do Brasil e o IBCCRIM, no qual ficou determinado que:

- O CCBB concederá o desconto de 50% no valor dos ingressos de teatro, música e cinema a todos os associados do IBCCRIM;
- Os ingressos deverão ser adquiridos na bilheteria, mediante a apresentação da carteirinha de associado;
- O programa cultural estará disponível no site: www.cultura-e.com.br
- Por enquanto, este acordo é válido apenas para o CCBB da Cidade de São Paulo.



IBCCRIM

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

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

COORDENADORES ESTADUAIS:

- **ACRE**
• Maria de Salete da Costa Maia
E-mail: cestadual.ac1@ibccrim.org.br
- **AMAPA**
• João Guilherme Lages Mendes
E-mail: cestadual.ap1@ibccrim.org.br
- **AMAZONAS**
• Ana Beatriz Baraúna Lopes
E-mail: cestadual.am1@ibccrim.org.br
• Fabiola Monteconrado Ghidalevich
E-mail: cestadual.am2@ibccrim.org.br
- **BAHIA**
• Elmir Duclerc
E-mail: cestadual.ba1@ibccrim.org.br
• Selma P. de Santana
E-mail: cestadual.ba2@ibccrim.org.br
- **CEARÁ**
• Fernando Luiz Ximenes Rocha
E-mail: cestadual.ce1@ibccrim.org.br
- **DISTRITO FEDERAL**
• Carmen da Costa Barros
E-mail: cestadual.df1@ibccrim.org.br
• Heloisa Estellita
E-mail: cestadual.df2@ibccrim.org.br
- **GOIÁS**
• Franciele Silva Cardoso
E-mail: cestadual.go1@ibccrim.org.br
- **MARANHAO**
• Themis Maria Pachêco de Carvalho
E-mail: cestadual.ma1@ibccrim.org.br
- **MINAS GERAIS**
• Liliane Cristina de Oliveira
E-mail: cestadual.mg1@ibccrim.org.br
• Marcelo Leonardo
E-mail: cestadual.mg2@ibccrim.org.br
- **PARÁ**
• Edmundo Oliveira
E-mail: cestadual.pa1@ibccrim.org.br
- **PARAÍBA**
• Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato
E-mail: cestadual.pb1@ibccrim.org.br
• Guilherme Costa Câmara
E-mail: cestadual.pb3@ibccrim.org.br
• Oswaldo Trigueiro Filho
E-mail: cestadual.pb2@ibccrim.org.br
- **PARANÁ**
• Adelino Marcon
E-mail: marconadvogados@zaz.com.br
• Maurício Kuehne
E-mail: cestadual.pr1@ibccrim.org.br
• Walter B. Bittar
E-mail: walter@advocaciabittar.adv.br
- **PERNAMBUCO**
• Adelino Nunes
E-mail: cestadual.pe3@ibccrim.org.br
• Flavio Augusto F. de Lima
E-mail: cestadual.pe2@ibccrim.org.br
- Nilzardo Carneiro Leão
E-mail: cestadual.pe1@ibccrim.org.br
- **MATO GROSSO DO SUL**
• Fabio Trad
E-mail: cestadual.ms1@ibccrim.org.br
- **RIO DE JANEIRO**
• Maria Lúcia Karam
E-mail: cestadual.rj1@ibccrim.org.br
- **RIO GRANDE DO SUL**
• Fabio Roberto D'Avila
E-mail: cestadual.rs1@ibccrim.org.br
• Luiz Antônio Bogo Chies
E-mail: cestadual.rs3@ibccrim.org.br
• Paulo Vinicius Sporleder de Souza
E-mail: cestadual.rs2@ibccrim.org.br
- **RIO GRANDE DO NORTE**
• Lena Rocha
E-mail: cestadual.rn1@ibccrim.org.br
- **SANTA CATARINA**
• Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
E-mail: cestadual.sc1@ibccrim.org.br
- **SÃO PAULO - BAIXADA SANTISTA**
• Vinicius Toledo Piza Peluso
E-mail: cestadual.sp1@ibccrim.org.br

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

POR QUE OS ALUNOS NÃO CARREGAM A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Thomaz Moreira Werneck

Não obstante todos os estudantes de Direito estudarem a pirâmide de **Kelsen** nas matérias de introdução e estejam domesticados com a idéia de que a Constituição é o fundamento da validade de todas as outras normas de determinado ordenamento jurídico, parece que a importância dada a ela não é a devida. Cremos que a relativa relevância dada à Carta Magna tem origem principalmente na descredibilidade que os três Poderes da União demonstram, quando deveriam reforçar a sua *força normativa*. O verbo *carregar* foi escolhido para o título do tema por apresentar duas acepções diversas. A primeira, que traz a idéia de *levar, trazer consigo*, busca uma resposta à baixa utilização da Constituição pelos alunos. A segunda, com o significado de *insistir, aumentar, pôr em demasia*, é um apelo à vontade de Constituição⁽¹⁾.

A causa do apenas relativo interesse pelo tema constitucional não são as grades curriculares das Faculdades, que privilegiam nos primeiros anos, além das matérias propedêuticas, o Direito Civil — o que está mudando, principalmente nas universidades públicas —, em detrimento do Direito Constitucional, que deveria ser o primeiro contato jurídico do aluno. Isto é mera consequência da sociedade, que enxerga no Direito Civil, Penal e outros ramos clássicos do Direito o verdadeiro Direito: ver cotidianamente a decisão política fundamental sucumbir aos fatores reais de poder e às formalidades legais — infraconstitucionais, diga-se de passagem —, transforma a Constituição socialmente numa verdadeira folha de papel⁽²⁾.

Para não parecer um devaneio, alguns dos fatos exemplos bastam: a prática de prisões de gaveta, *“investigação por procedimento criminal diverso”*, ferindo o devido processo legal⁽³⁾; a edição em grande escala de medidas provisórias pelo Executivo, que ultrapassa os limites da separação dos poderes; a obrigação em caráter de liminar (que por bem foi cassada pelo TJ/RJ) de um porteiro referir-se a um juiz com o pronome de tratamento “doutor”, desrespeitando o princípio da igualdade; a censura ao livro de **Fernando Morais** e o choque com a liberdade de manifestação do pensamento; a aplicação inquestionável dos Juizados Especiais Criminais a despeito do devi-

do processo legal...⁽⁴⁾ Assistir a tudo isso nos obriga a refletir a respeito da aplicabilidade das normas constitucionais — será que todas realmente são dotadas de eficácia jurídica e imediatamente aplicáveis na prática⁽⁵⁾?

O assunto toma maior importância ainda no âmbito do Direito Penal, ao qual, por um lado, a Constituição fixa fronteiras inderrogáveis à interferência penalizadora do Estado — fundamento, finalidade e alcance do direito de punir do Estado⁽⁶⁾; e, de outro, por força de uma hierarquia que não é apenas formal, mas sim funcional e axiológica, traz toda a carga valorativa de princípios constitucionais de garantia, como o da estrita legalidade, da proporcionalidade, da humanidade das penas, do devido processo legal, do contraditório, da presunção de inocência, inseridos no art. 5º como consequência da concepção realista dos homens, que os encara como sujeitos submetidos à desigualdade e à falta de liberdade material para reclamar uma ação política e jurídica do Estado⁽⁷⁾.

Tais “postulados” não são mais, hoje, meras construções aceitas por um cariz de opiniões acreditadas e verossímeis, que poderiam construir um Direito Penal contrário e legitimado, como fez o nazismo⁽⁸⁾. Atualmente têm aplicação garantida, fruto da sedimentação histórica através de reconhecimento internacional (Declarações dos Direitos do Homem, da ONU, e Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e nacional (expressos em textos constitucionais).

Um enfoque crítico do Direito Penal serve para “garantir as garantias” de liberdade aos cidadãos frente ao Estado, que, se constitucionalmente fragilizado, pode adaptar suas armas de controle social às circunstâncias, como ocorreu em nosso País pré-Constituição de 1988 com o autoritarismo militar, legitimando uma intervenção de caráter excepcional que rompeu com a ordem jurídica

co-democrática⁽⁹⁾. Devemos encarar o Direito Penal como instrumento de defesa da sociedade perante o Estado.

Apesar de não serem dedutíveis e evidenciáveis, os princípios constitucionais, por serem conquistas políticas da sociedade pelo seu sentido dirigente, devem servir de base para a construção de um

ordenamento jurídico que se possa chamar de sistema, um todo coerente. Colocar a Constituição em posição de relevância sociologicamente e juridicamente é uma necessidade. Só sob a luz da Lei Maior é que se poderá fazer do nosso Direito um

verdadeiro meio de pacificação social em um legítimo Estado Democrático de Direito. É devido a isso o clamor aos aplicadores e, principalmente, aos estudantes do Direito: *carreguem a Constituição!* ●

Notas

- (1) **HESSE, Konrad.** *A Força Normativa da Constituição*, 1ª ed., Safe, 1991.
- (2) **LASSALE, Ferdinand.** *A Essência da Constituição*, 6ª ed., Lumen Júris, 2001.
- (3) **SIMANTOB, Fabio Tofic.** “As prisões de gaveta e o contraditório prévio para a decretação da prisão provisória”, *Boletim IBCCRIM* nº 149, abril/2005.
- (4) **GONÇALVES, Maria Isabella Rodrigues.** “O instituto da transação penal e a Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli: o falso discurso do Direito Penal Mínimo”, disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 04.04.2005.
- (5) **SILVA, José Afonso da.** *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- (6) **LUISI, Luiz.** *Os Princípios Constitucionais Penais*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- (7) **QUEIROZ, Paulo de Souza.** *Direito Penal - Introdução Crítica*.
- (8) **BATISTA, Nilo.** *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- (9) **MÉNDEZ, Emilio García.** In: *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro / Nilo Batista*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Thomaz Moreira Werneck

Aluno do 5º período de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora/MG

O DIREITO PENAL GARANTISTA

Ronald Amaral Júnior

O Direito Penal encontra sua justificação no realizar sua missão de regular a vida social de forma ativa, protegendo a sociedade mediante normas preventivas e ajustadas ao sentido e limites de um Estado Democrático de Direito. O Direito Penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Aqui se encontra seu caráter protetivo de valores humanos elementares, e ao se libertar do positivismo puro, adquire dignidade e passa, segundo **Juarez Tavares**⁽¹⁾, “a se integrar em uma ordem social em que se garanta ao homem a plena realização de sua individualidade e potencialidade”.

Defensor do Direito como sistema de garantias, **Luigi Ferrajoli**⁽²⁾ aponta uma efetiva e atual crise no Direito, manifestando-se sobre a “inflação legislativa provocada pela pressão de interesses setoriais e corporativos, na perda de generalidade e abstração das leis pela crescente produção de leis-providência (leggi-providimento), no processo de descodificação e no desenvolvimento de uma legislação avulsa, até em matéria penal, sob o signo da emergência e da exceção”.

Atribui, também, ao Direito Penal uma missão de garantia **Carlos Fontán Balestra**⁽³⁾, defendendo seu caráter técnico como consequência de assegurar as liberdades individuais frente ao Estado de Direito. Para este autor a delimitação com precisão e clareza torna-se uma exigência para todas as figuras delitivas, constituindo-se em um pressuposto básico da interpretação e ficando sob responsabilidade do legislador a elaboração de tipos penais somente com termos indispensáveis para dar a noção completa de cada ação humana punível.

É preocupante o pluralismo legislativo e o acentuado caráter técnico da lei. Vejamos os intrincadíssimos problemas suscitados pela interpretação e aplicação das leis, tornando absolutamente impossível, nos atuais dias, a afirmação de que seja normal o conhecimento da lei, até mesmo para especialistas. Verificamos, em excesso, um modelo recente de neocriminalização, que tem na sua base uma conduta eticamente neutra, cuja punição se baseia em

razões de oportunidade política, podendo citar, como exemplo, crimes de simples perigo. O nosso Legislativo produz crescentemente novos e complicados tipos penais com cláusulas genéricas, os quais reportam-se a outras normas extrapenais, constituindo-se em elementos em branco que se somam aos demais elementos descritivos do tipo penal.

No processo legislativo deve prevalecer a boa técnica com formas definidas, que afastem o perigo da incerteza nas relações jurídicas, mormente quando se está tratando da própria liberdade individual. A revelação típica tem de ser precisa, e essa precisão só uma qualificada elaboração técnica pode fornecer. Decorre, então, que a confecção do tipo penal deve conformar-se a uma linguagem cotidiana, conferindo-lhe um verdadeiro instrumento de comunicação e compreensão.

O crime deve ser tratado como um problema humano e político, e a norma penal deve ter um caráter garantista, afixando ao agente, que porventura acabe infringindo um dos tantos preceitos penais, a segurança de que a descrição típica se apresenta mais próxima da realidade e com elementos de fácil assimilação e percepção por parte do sujeito ativo, tornando possível uma aplicação segura e previsível do Direito Penal, subtraindo-o à irracionalidade, ao arbítrio e à improvisação. ●

Notas

- (1) **TAVARES, Juarez.** *Teorias do Delito – Variações e Tendências*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 5.
- (2) **FERRAJOLI, Luigi.** “O Direito como sistema de garantias”, publicado in: *O Novo em Direito e Política*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 90.
- (3) **BALESTRA, Carlos Fontán.** *Misión de Garantía del Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1950, p. 9.

Ronald Amaral Júnior

Advogado, mestre em Direito e professor do Curso de Direito da Universidade Vale do Rio Doce – Governador Valadares/MG

Ronald Amaral Júnior

Entidades que assinam o Boletim:

- **AMAZONAS**
 - Associação dos Magistrados do Amazonas
 - Ministério Público do Amazonas
- **CEARÁ**
 - Associação Cearense de Magistrados
- **DISTRITO FEDERAL**
 - Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe
 - 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
 - Praetorium – Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda.
 - 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

Apoio:



CICLO DE DEBATES DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM “O DIREITO E O PROCESSO PENAL NA ATUALIDADE: CRISES E ALTERNATIVAS”

A Universidade de Passo Fundo (UPF), a Universidade Luterana do Brasil (ULBRA/Santa Maria), o Centro Universitário Ritter dos Reis e a Universidade Católica de Pelotas (UCPel), em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, realizarão os *Ciclos de Debates do IBCCRIM no Rio Grande do Sul, “O Direito e o Processo Penal na Atualidade: crises e alternativas”*.

Os encontros acontecerão nas seguintes datas: 1 a 3 de setembro em Passo Fundo/RS; 10 e 11 de outubro em Canoas/RS; 21 e 22 de outubro em Santa Maria/RS; e 11 e 12 de novembro em Pelotas/RS. **Mais informações pelo site: www.ibccrim.org.br**



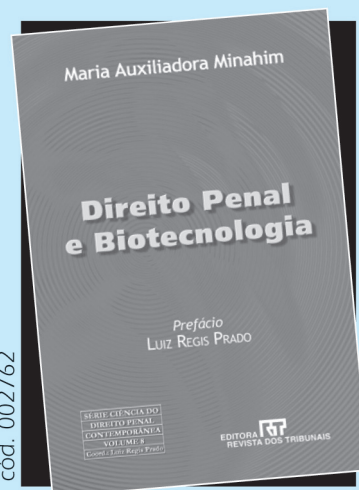
cód. 002739

**430 páginas
brochura**



cód. 002737

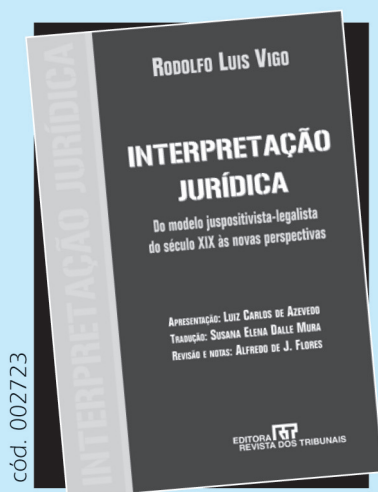
**220 páginas
brochura**



cód. 002762

**238 páginas
brochura**

Lançamentos Editora Revista dos Tribunais



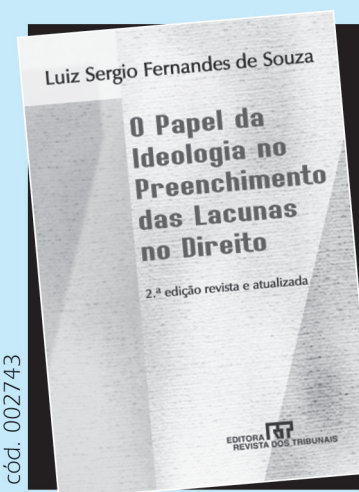
cód. 002723

**302 páginas
brochura**



cód. 002633

**206 páginas
brochura**



cód. 002743

**292 páginas
brochura**

**livraria
RT**

Adquira estas e outras obras
na **Livraria RT Virtual**
www.livrariart.com.br

EDITORIA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br
Atendimento ao consumidor
0800 702 2433