

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

EDITORIAL:

UM DESABAFO E UMA ESPERANÇA

O Plenário do Supremo Tribunal Federal cassou, por sete votos contra quatro, um dos fundamentos da liminar concedida pelo ministro **Marco Aurélio**, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de forma que, a partir dessa decisão, não dispõe mais a mulher, portadora de feto anencefálico, do direito de optar pela antecipação, ou não, do parto, direito esse que lhe fora deferido desde 2 de agosto de 2004.

É total a discordância no que se refere à posição assumida pelo Excelso Pretório. Mas, em lugar de esgrimir argumentos em defesa da tese de que só à mulher cabe a decisão de manter a gravidez de feto atacado de anencefalia, torna-se bem mais expressivo o testemunho de uma associada do **IBCCRIM**, juíza de Direito, que passou por essa situação e fez a respeito um emocionante relato:

“Sou mãe (ou fui) de um bebê com esta deformidade. Soube disso no terceiro mês de gravidez (vinte anos atrás) e meu primeiro pensamento foi a interrupção. Consultei sobre o assunto o médico que acompanhava a gestação e ele deu uma resposta desconcertante: ‘se V. quiser abortar, indico-lhe um aborteiro porque eu sou parteiro’.

Isso me deu uma enorme sensação de culpa; me senti uma assassina e levei a gravidez a termo. Foram os piores anos de minha vida, pois uma das coisas mais importantes deste período é o vínculo de amor e de carinho que nós estabelecemos com o ser que está ali dentro de nós. Só uma mãe sabe como é esse sentimento. Durante os sete meses restantes, vivi brigando com tal sentimento que teimava em não ser indiferente, pois imaginava que, se conseguisse não estabelecer o vínculo, sofreria menos. Foi uma experiência que nenhuma mãe deseja viver.

Minha filha nasceu de um parto cirúrgico (já tinha ocorrido uma primeira gestação, também com parto cirúrgico no qual, por erro médico, a criança nasceu morta) e perdi a oportunidade de ter tido mais um filho haja vista que o número de partos cirúrgicos é limitado, logo eu, filha única, que sempre sofri de um dos piores males: a solidão. Ter vários filhos para mim sempre foi uma vontade antiga, que a psicologia pode explicar muito bem. Minha filha tinha um rosto lindo, mas faltava o osso que reveste o cérebro, a anencefalia. Os pediatras aconselharam não alimentá-la para que o tempo de vida não se prolongasse e informaram-me que a criança sente dores por todo o corpo em virtude da anomalia. Não tive

condições psicológicas de cuidar de minha filha; ela viveu cinco dias porque minha sogra desobedeceu à recomendação médica e a alimentava. Entretanto, segundo me informou, era visível o desconforto da criança que não tinha ânimo nem para chorar; esboçava uma gesticulação intermitente e desconexa.

Aí se foram as duas primeiras possibilidades de ter um filho. Insisti numa terceira gravidez, quando o casamento já estava abalado e, nesta, não conseguia acreditar que tudo estava bem e, novamente, me esforcei para não amar tanto o meu filho. Não comprei uma fralda; não fiz o enxoval e nunca me dirigi ao feto com medo de mais uma perda. Eu sabia que não suportaria. Graças a Deus, tudo deu certo. O parto foi novamente cirúrgico e deveria ter sido o último, mas, dada a minha juventude e a boa plasticidade de meus tecidos, o parteiro não fez a ligadura de trompas. Separei-me do marido e, sete anos depois, em uma segunda relação, nasceu a minha filha que hoje tem treze anos de idade e é a mais espetada da família.

Por tudo isso que acabo de testemunhar — e é a primeira vez que tenho coragem de fazer isso — peço que ajudem muitas mulheres nestas circunstâncias a darem a si próprias a oportunidade de ter um filho saudável — com vida —, pois não se pode falar em vida do anencefalo. Que vida? Somente intra-uterina. Desculpem-me de ter escrito tanto, mas é um desabafo e uma esperança.”

Todo esse depoimento deixa patente as seqüelas, sobretudo de ordem psíquica, suportadas pela mulher gestante, obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável. Esta morte anunciada, que não se permite abreviar no tempo, constitui a condenação imerecida da mulher grávida e a abolição do exercício de sua autonomia de vontade. Obrigá-la a carregar em seu ventre um ser morto, porque deixará de existir se dela desconectado, constitui ainda uma ofensa à sua dignidade de mulher e de mãe. A interrupção da gestação nunca será a causa da morte do feto anencefalo, mas a mera ocasião para que a morte ocorra.

O **desabafo** contido na mensagem acima transcrita traz em si a **esperança** de que o Supremo Tribunal Federal, examinando o mérito da questão que lhe foi proposta, permita que o corpo da mulher gestante não sirva de esquite ambulante de um feto sem nenhuma perspectiva de vida. ☐

Editorial

Índice

EDITORIAL:

UM DESABAFO
E UMA ESPERANÇA

1

SOBRE A INTERRUÇÃO
DA GESTAÇÃO DE
FETOS ANENCEFÁLICOS

Antonio Prado

2

A HERMENÊUTICA
COMO HOJE A ENTENDO

Paulo Queiroz

3

INVESTIGAÇÕES PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Ada Pellegrini Grinover

4

PEDOFILIA: DAS BASES
ETIMOLÓGICA, MÉDICO-LEGAL
E PSIQUIÁTRICA AOS
REFLEXOS NO DIREITO PENAL

Mário Furlaneto Neto

6

NORMA PENAL EM
BRANCO - ALGUNS
ASPECTOS PROCESSUAIS

Christiano Fragoso

8

POSSIBILIDADES DE UM
TRATAMENTO MAIS HUMANO E
SOLIDÁRIO DO PROBLEMA DAS
DROGAS

Carlos Eduardo Vasconcelos

10

LIMINAR EM HABEAS CORPUS -
UMA VISÃO GARANTISTA

Paulo Sérgio de Oliveira

12

O MONITORAMENTO
ELETRÔNICO DAS PENAS E
MEDIDAS ALTERNATIVAS -
EFETIVIDADE OU
FASCISMO PENAL?

Fábio Toffic Simantob

13

VIOÊNCIA E DIREITO PENAL

Leonardo Isaac Yarochewsky

14

PROJETO DE LEI DE
EXECUÇÃO DAS MEDIDAS
SOCIOEDUCATIVAS

Grupo de Trabalho do Conanda

16

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE:
INTERCEPTAÇÃO DAS
CORRESPONDÊNCIAS DE
PRESOS: CRÍTICAS AOS
PROJETOS DE LEI DO SENADO
NºS 11 E 19 DE 2004

Felipe Lima de Almeida

18

Caderno de Jurisprudência

O DIREITO POR QUEM O FAZ:
INQUÉRITO POLICIAL. O
CONTROLE DA LEGALIDADE
PELO MAGISTRADO

Antônio Luiz Pires Neto

849

O DIREITO POR QUEM O FAZ:
TRIBUNAL DO JÚRI. CRIME
HEDIONDO. REGIME INICIAL
SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE

Sérgio Mazina Martins

851

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

852

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

853

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

854

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

855

TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL

856

SOBRE A INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCEFÁLICOS*

Antonio Prado

Antonio Prado

A recente revogação pelo Supremo de liminar, que autorizava a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, não interrompe o importante debate que vem ocorrendo nos últimos meses sobre a questão do aborto, pois o tribunal ainda irá analisar a admissibilidade da ação da CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde) e, caso a aceite, o mérito da questão. Por ser um assunto de relevância universal, vem sendo considerado por especialistas e por todos que se sensibilizam pela sua dimensão ética e humana. Neste sentido, apporto aqui minhas reflexões, como cidadão e em caráter estritamente pessoal.

A primeira questão está em considerar: a interrupção de uma gestação de feto humano anencefálico, propriamente diagnosticado, é um aborto? Se há vida potencial no resultado da concepção e no estágio específico em que a gestação é interrompida, há aborto. Se não, não há aborto, pois nenhuma vida potencial ou efetiva está sendo interrompida. Portanto, a questão está em se estabelecer se há vida, ou não, em um feto anencefálico.

A existência ou não de cérebro não é uma condição que pode ser colocada de forma absoluta, pois isso seria um absurdo, já que não há cérebro ou mesmo sistema nervoso central em todas as fases da gestação. O diagnóstico de anencefalia só tem sentido a partir do momento da gestação em que o cérebro deveria inequivocamente se formar. Antes, há a expectativa de um cérebro em formação, depois, há o prognóstico do não desenvolvimento de um cérebro, ou o prognóstico de um tão lesado que nele não há atividade nervosa.

Mas há vida em potencial em um feto sem cérebro ou sistema nervoso central? Se a definição de morte cerebral é usada para casos de declaração de morte para pacientes com outros órgãos ainda em funcionamento — não de forma autônoma —, principalmente nos casos de extração de tecidos e órgãos para transplante, parece óbvio que um feto sem cérebro ou atividade cerebral poderia ser declarado, por analogia inevitável, como em estado de morte cerebral ou de cessação de vida potencial. E da mesma forma que o desligamento dos equipamentos de manutenção artificial de funções orgânicas não é entendido como eutanásia no caso de seres humanos nascidos vivos, mas com morte cerebral declarada, não poderia ser entendido como aborto o caso da retirada de um feto anencefálico o qual só tem o funcionamento de seus órgãos garantido pela sua ligação ao corpo da mãe.

Não se trata da tese da viabilidade do feto, pois essa é probabilística e condicionada a disponibilidade de recursos mé-

dicos para garantir vida após o parto. É evento certo, portanto não probabilístico, que o feto anencefálico não tem expectativa de vida e que não viverá, pois, como já colocado antes, ele sequer está, a rigor, vivo antes do parto. O fato de seu coração e outros órgãos funcionarem alguns momentos após o parto não define vida, uma vez que isso ocorre por impulsos que não são cerebrais, como está mais do que comprovado em situações semelhantes.

Alguns diriam que é uma vida que pode ser fonte de vida para outros seres humanos, através de transplantes. É uma outra abordagem, pois a defesa da vida em potencial geralmente se dá a partir da essência de um indivíduo, singular, único. A vida neste argumento particular se define em relação a, não em si. É uma das teses adotadas pelo nosso procurador-geral da República, que é contra a interrupção da gestação nas condições aqui discutidas, não por ser vida em potencial em si, mas por representar sobrevida para outros. Nesse caso, o sentido dessa vida seria a de ser suporte de tecidos humanos para outros seres humanos. Ou seja, admite-se que, na sua singularidade, essa vida não teria sentido nenhum. Acaba por ser uma abordagem ambígua para defensores da tese antiaborto que se baseiam na sacralidade da vida. A decisão da doação de órgãos e tecidos poderia ser feita, então, em qualquer momento da gestação, uma vez constatada a falta de atividade cerebral quando e onde ela deveria existir. Não é argumento sólido contra a interrupção da gestação de anencefálicos. Até pode até ser usado a favor dela, por justificar a interrupção de uma vida em favor de outra.

A dor do feto abortado, argumento muito usado por militantes antiaborto, não se aplica a este caso, pois o feto anencefálico não é e não poderia ser senciente, já que não tem cérebro. Evitar a dor é um princípio moral universal e base da compaixão humana. Se uma vida em potencial pode causar dores lancinantes a uma vida efetiva, a da mãe, ainda assim haveria dúvidas quanto a interromper essa vida em potencial. Mas, se o feto anencefálico, portanto com morte cerebral, pode vir a causar dores físicas ou psicológicas lancinantes à mãe, não deveríamos ter dúvidas em relação à escolha moral adequada, preservando-se, neste caso, a mãe.

As abordagens religiosas nesse tema são complexas e sensíveis. Mas o Estado brasileiro é laico, sendo importante ressaltar que uma possível decisão no Plenário do STF não será uma imposição da prática de interrupção da gestação dos fetos anencefálicos, mas sim uma autorização para que o procedimento médico, desde que

autorizado pela mãe ou pela família, seja realizado sem a criminalização do ato. As pessoas, que por motivos de fé religiosa não quiserem realizar a interrupção dessa gestação, têm toda a liberdade garantida pela Constituição Brasileira.

Os religiosos diriam que isso não é suficiente, pois o fato de o Estado ser laico não justifica a adoção de uma atitude entendida como hedionda pelos princípios da fé, sendo legítimo que lutem contra. Não há dúvida, é legítimo do ponto de vista moral, religioso e político. Mas não parece que foram apresentados argumentos sólidos contra o mérito da questão, até agora.

O argumento da sacralidade da vida é significativo. De certo, matar está errado, sejam seres sencientes da nossa espécie ou não, já que todos sofrem ou podem causar sofrimento ao morrer. E matar seres que têm alma, mais errado ainda, pois a vida nesse caso tem origem e sentido transcendental. Há que se respeitar os que defendem esses dogmas e, se não forem prejudiciais a terceiros, garantir seu exercício pleno. Porém, não se pode admitir que dogmas religiosos sejam impostos através do Estado laico, a cidadãos com outras convicções.

Os que não admitem discutir a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, mesmo havendo argumentos razoáveis para o debate, por temerem que isso abra portas para outras modalidades de abortos, cometem um erro. De fato, a sociedade se torna cada vez mais liberal e disposta a aceitar o que antes era tabu e tende a considerar o progresso da Medicina nas decisões telúricas, mesmo e principalmente quando a colocam frente a questões novas, para as quais as nossas antigas respostas mostram-se incompletas. Mas interditar o debate com estratégias do tipo “daqui a pouco estará implantada a eugenia”, não contribui para o avanço moral do País. As questões difíceis devem ser tratadas, mesmo que haja riscos de equívocos. Evitá-las, não os afasta e, com certeza, só amplia a exclusão dos cidadãos de questões que estão no seu cotidiano e sobre as quais podem dar sua contribuição real. 

Nota

* As opiniões aqui expressas são de caráter pessoal e não refletem posicionamento institucional.

Antonio Prado

Economista, professor universitário licenciado e assessor técnico na liderança do governo no Senado Federal

A HERMENÊUTICA COMO HOJE A ENTENDO

Paulo Queiroz

Aprendi, nos primeiros anos de Faculdade, que interpretar é dar ao texto legal seu correto significado, idéia que pressupõe a existência de um sentido prévio à interpretação mesma, sentido a ser descoberto por meio dos métodos de interpretação (lógico, teleológico, histórico, etc.).

Logo pude pressentir, no entanto, sobretudo ao assistir a sessões do Tribunal do Júri, que algo havia de errado nisso. Primeiro, porque o resultado dos veredictos dependia, grandemente, da performance dos oradores (promotores e advogados); se, portanto, a norma tinha algum sentido, tal não lhe era previamente dado, mas construído argumentativamente; e, se múltiplas eram as formas de argumentar, múltiplas haviam de ser as possibilidades de interpretar corretamente⁽¹⁾. Segundo, porque também ali pude notar que, mais do que construir o sentido da norma, tratava-se de reconstruir os fatos e avaliar provas. Terceiro, porque o júri não era chamado a julgar conforme a lei, mas “*de acordo com a consciência e os ditames da justiça*” (CPP, art. 464), algo um tanto distinto. Quarto, porque, muito mais do que o fato, o júri julgava, sempre e inevitavelmente, as pessoas envolvidas no conflito (acusado e vítima); seu modo de ser, sua idoneidade, sua família, *status*, etc. Quinto, porque, admitindo que os métodos de interpretação tenham alguma relevância no Direito, o júri — e os juízes de um modo geral — era livre para decidir sobre o método ou métodos a aplicar, pois não existe um método para a eleição do método (Lédio Rosa), razão pela qual, sob esse aspecto, decidir a lide não é propriamente um ato de verdade, mas de vontade (Radbruch).

Estava assim a me dar conta do óbvio: o crime — como de resto tudo que diz respeito ao homem — não está no fato em si, mas na cabeça das pessoas, vale dizer, o crime é socialmente construído, de sorte que a sentença penal era um momento culminante dessa construção social da realidade, não raro discriminatória e arbitrariamente seletiva. Percebia, por conseguinte, que, à interpretação jurídica — que no essencial não difere da

interpretação sociológica, literária ou estética — interessava, mais do que o objeto interpretado, a pessoa do intérprete, pois ele está co-implicado no processo interpretativo, e só é livre, realmente, quem se der conta disso (Arthur Kaufmann). Daí dizer Gadamer que a interpretação é um momento da experiência do homem no mundo, de tal modo que, não podendo o homem libertar-se de si mesmo, julga sempre conforme a sua formação: liberal, conservadora, reacionária, etc. Numa palavra: a interpretação é uma fotografia da alma do intérprete⁽²⁾!

Pois hoje, tenho que uma boa interpretação, tanto na música como no direito, mais do que técnica e razão, exige talento e sensibilidade⁽³⁾. Não fosse assim, aliás, poderíamos substituir, em nome da “segurança jurídica”, os atuais juízes e membros do Ministério Público, por sofisticados programas de computador, abolido, ainda, a figura do advogado.

Porém, só agora, tanto tempo depois de formado, é que me dou conta disso claramente, tal a força do discurso jurídico dito dominante que me fez acreditar, acriticamente, em tantas tolices ou metáforas hoje vazias de sentido, como aquela segundo a qual “*o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei*” (Montesquieu).

Concluí, então, que hoje, como ontem, o decisivo não é a lei, mas o homem! ●

Notas

- (1) Como assinala Margarida Camargo, ao contrário das posições monolíticas, o que se aponta agora, sob o viés da pós-modernidade, é que, no lugar do universal, encontra-se o histórico; no lugar do simples, o complexo; no lugar do único, o plural; no lugar do abstrato, o concreto; e no lugar do formal, o retórico (*Hermenêutica e Argumentação*, Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Renovar, 2003, p. 250).
- (2) Paulo Queiroz, *Direito Penal, Parte Geral*, Saraiva, 2005, no prelo.
- (3) Paulo Queiroz, *idem*.

Paulo Queiroz

Doutor em Direito, professor do Centro Universitário de Brasília (Uniceub) e procurador regional da República



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

DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Marco Antonio Rodrigues Nahum

1º VICE-PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

2º VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

1º SECRETÁRIO:

Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior

2º SECRETÁRIO:

Sérgio Mazina Martins

1º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRO:

Benedito Roberto Garcia Pozzer

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Franciele Silva Cardoso

BOLETIM:

Carlos Alberto Pires Mendes

CURSOS:

Juliana Sinhorini Nahum

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

INTERNET:

Heloísa Estellita

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Tatiana Viggiani Bicudo

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Theodomiro Dias Neto

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

PÓS-GRADUAÇÃO:

Alvino Augusto de Sá

REDES INTERNACIONAIS:

Flavia D' Urso

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Alessandra Teixeira

COMISSÕES ESPECIAIS:

CONVÊNIOS: Mariângela Lopes Neistein

ESTUDOS E DEBATES: Mariângela

Gama de Magalhães Gomes

HISTÓRIA: Tadeu Antonio Dix Silva

MONOGRAFIAS: Carmen Sílvia de

Moraes Barros

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Theodomiro

Dias Neto

COORDENADORES ESTADUAIS:

Veja relação à página 17.

BOAS FESTAS

O IBCCRIM agradece a honra de ter permanecido ao seu lado no ano de 2004.

Reafirmamos nossa vocação de ser um centro de debates e de difusão de idéias no sentido de que é possível construir um Direito Penal mais humano e mais democrático.

Esperamos manter o apoio e a confiança dos leitores em 2005, fortalecendo ainda mais nossos vínculos.

Este não pretende ser um profundo estudo doutrinário, mas um simples aporte à discussão sobre o poder de investigação do Ministério Público - MP, em matéria criminal. Um aporte que poderá ser útil à reflexão, conduzindo talvez a uma posição mais equilibrada na questão polêmica das funções da polícia e do MP nas investigações penais.

Não tratarei, evidentemente, das investigações informais, que todos podem empreender, como o advogado, quando convida testemunhas, não para aliciá-las, mas para saber o que elas realmente sabem. Nem tratarei de investigações a que procedem órgãos como o Banco Central ou a Receita Federal, que na verdade investigam a respeito de ilícitos financeiros ou tributários da sua competência, podendo eventualmente encontrar elementos informativos a respeito da existência de crimes, que encaminham ao MP.

O que interessa, nessa sede, são as investigações criminais formais, acompanhadas do poder de coerção.

Não tenho dúvidas de que o desenho constitucional atribui a função de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais à Polícia Federal e às Polícias Cíveis, sendo que a primeira exerce, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União (art. 144). Parece-me evidente, também, que a referida exclusividade se refere à repartição de atribuições entre Polícia da União e Polícia Estadual, indicando a indelegabilidade das funções da primeira às Polícias dos Estados.

Igualmente inquestionável é que o inquérito policial é o instrumento de investigação penal da Polícia Judiciária e que o papel do MP, em relação ao referido instrumento, é apenas o de requisitar diligências investigatórias e sua instauração, além de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII e VIII).

Pode-se assentar, portanto, que o inquérito policial é privativo da polícia, nele podendo o MP intervir mediante as atividades previstas nos incisos VII e VIII do art. 129.

Mas a questão que se deve suscitar é outra: poderá haver outro instrumento de investigação criminal, que não seja o inquérito policial?

A própria Constituição, como é sabido, atribui o poder de investigar a outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs e os tribunais. E também é sabido que não confere expressamente essa função ao MP,

sendo oportuno lembrar que as emendas à Constituição de 1988 que pretendiam atribuir funções investigativas penais ao *Parquet* foram rejeitadas, deixando portanto a salvo a estrutura constitucional acima descrita.

Deixo claro, desde logo, que não adoto a teoria dos poderes implícitos, que foi redimensionada por seu próprio fator, **Canotilho**, uma vez que nessa matéria não sobra espaço, no desenho da Constituição, para poder implícito algum.

Acrescento, todavia, que a própria Constituição se encarrega de abrir uma válvula de escape, após enumerar as funções institucionais do MP, fixando a norma de encerramento do inc. IX do art. 129, segundo o qual também lhe cabe "*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com suas finalidades...*" (*omissis*).

Portanto, a primeira pergunta que se deve formular, para sustentar que ao MP poderiam ser conferidas funções investigativas criminais, é a de saber se essas funções são compatíveis com as demais elencadas nos incisos I a VIII do art. 129.

A essa pergunta respondo positivamente, sem qualquer hesitação. O MP é o destinatário das investigações, devendo essas servir exclusivamente para a formação de seu convencimento sobre acusar ou não acusar — ou seja, sobre promover ou não a ação penal pública de que tem o monopólio. Nenhuma informação colhida durante as investigações poderá servir de suporte para a decisão de mérito, e muito menos para a sentença condenatória. Já sustentei, em inúmeros estudos, não serem provas aquelas que não se formam em contraditório, perante o juiz natural. E que, mesmo em relação às provas técnicas irrepetíveis, como o exame de corpo de delito, deverá instaurar-se o contraditório posterior, com plena participação das partes. Sendo assim, não há inconveniente na suposta parcialidade do órgão de acusação quando seja ele um dos protagonistas das investigações criminais, cujo resultado não incidirá sobre a sentença. O inquérito policial, assim como qualquer outro tipo de investigação, só se destina à formação do con-

vencimento do MP, como preparação do eventual exercício da ação penal.

As funções investigativas são, por isso mesmo, perfeitamente compatíveis com o exercício privativo da ação penal pública, função institucional expressamente prevista no inc. I do art. 129 da Constituição. E não é por acaso que os sistemas acusatórios modernos reservam ao MP, com o auxílio da Polícia

Judiciária, a titularidade das investigações criminais (Alemanha, Itália e Portugal, por exemplo, assim como diversos países da América Latina, nos moldes do preconizado pelo Código Modelo de Processo Penal para a Ibe-

ro-América: várias províncias da Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Peru).

Respondida afirmativamente a primeira pergunta, cabe formular a segunda: qual o instrumento normativo que, com base no inc. IX do art. 129 da Constituição, poderia atribuir funções investigativas criminais ao MP?

Somente a lei, é evidente. O princípio da reserva legal o impõe. E o § 5º do art. 128 da Constituição reforça o entendimento, quando estabelece que as atribuições do MP serão estabelecidas por lei observe-se lei complementar.

Servirá a esse objetivo a Lei Orgânica do Ministério Público - LOMP em vigor, que prevê algumas funções investigativas para o MP? Não. As referidas atribuições ligam-se ao exercício da ação civil pública, outra função institucional do MP, nos termos do art. 129, III, da Constituição. Só lei complementar, que atribuisse expressa e especificamente funções investigativas penais ao órgão ministerial, teria o condão de configurar o instrumento normativo idôneo para atribuir outras funções ao MP, não contempladas nos incs. I a VIII do art. 129, com base na previsão residual do inc. IX.

Surge, portanto, outra conclusão: sem a lei complementar acima referida, o MP não pode exercer funções investigativas penais. Por via de consequência, são flagrantemente inconstitucionais e desprovidos de eficácia os atos normativos editados no âmbito do MP, instituindo e re-

Nenhuma informação colhida durante as investigações poderá servir de suporte para a decisão de mérito, e muito menos para a sentença condenatória. Já sustentei, em inúmeros estudos, não serem provas aquelas que não se formam em contraditório, perante o juiz natural.

➔ gulando a investigação penal pelos membros do *Parquet*.

Continuemos com as perguntas: qual seria o conteúdo da eventual nova Lei Complementar? Vem aqui a pêlo lembrar o princípio da “reserva penal proporcional”, que impõe que a lei deva sempre obedecer ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Essa posição, entre nós, não é apenas defendida pela doutrina, mas também configura a postura tomada em diversos julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

Claro que ao legislador caberá certa dose de discricionariedade para determinar o conteúdo da lei. Mas diversas questões não poderão ser deixadas de lado. Enumeremos aqui algumas, que não têm sido objeto dos atos normativos internos do MP:

a) a indicação das infrações penais em que caberia ao MP investigar, deixando-se claro que, em todas elas, a investigação lhe competirá. Afasta-se, assim, a preocupante seleção de casos a que o órgão ministerial tem procedido, fixando-se os crimes em que a investigação do MP poderia ser mais eficaz do que a da Polícia;

b) o estabelecimento de regras procedimentais, com controles pelo juiz (como acontece com o inquérito policial);

c) a abertura de espaço para a defesa, que deve poder acompanhar as investigações, com a previsão da presença do defensor antes e durante o interrogatório, nos termos do disposto nos novos arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal - CPP, segundo a Lei nº 10.792/03, os quais são inquestionavelmente aplicáveis ao inquérito policial e, conseqüentemente, às eventuais investigações ministeriais.

Cabe, agora, formular a última pergunta. É conveniente, no atual sistema brasileiro, atribuir, por lei complementar, funções investigativas criminais ao MP?

A meu ver, o ideal seria que a Constituição conferisse a titularidade das investigações ao MP, com o auxílio da Polícia Judi-

ciária. Defendi essa posição muitas e muitas vezes, *de constitutione ferenda*, em nome da maior eficiência das investigações. Mas isso demandaria uma profunda mudança na cultura brasileira, esbarraria em oposições corporativas, obrigaria a um profundo reaparelhamento do MP, com o correlato investimento estatal, exigindo ainda uma reforma constitucional, absolutamente impensável nesse momento.

Nessas condições, não me parece oportuno, no atual sistema brasileiro, atribuir funções investigativas ao MP. Em primeiro lugar, por uma razão prática: o *Parquet*, declaradamente, não tem estrutura para assumir todas as investigações relativas a determinados crimes, sem proceder a uma insustentável seleção de casos. Em segundo lugar, em nome da busca da maior eficácia possível nas investigações criminais: para tanto, é necessário que Polícia e MP deixem de digladiar-se, querendo para si uma atribuição que, isoladamente, será sempre insatisfatória. É preciso que as duas instituições aprendam a trabalhar em conjunto, como tem ocorrido em alguns casos, com excelentes resultados. É mister que Polícia e MP exerçam suas atividades de maneira integrada, em estreita colaboração. E é necessário promulgar uma nova lei sobre a investigação criminal, que substitua o inquérito policial burocrático e ineficiente de que dispomos, estimulando a atividade conjunta da polícia e do MP.

O projeto de lei que reformula o inquérito policial, em andamento no Congresso Nacional, pode representar a resposta adequada ao problema — um falso problema, talvez — e configurar passo significativo rumo à investigação criminal que queremos: realmente eficaz e informada pelos princípios constitucionais. ●

Ada Pellegrini Grinover

Professora titular de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP, presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual e doutora *honoris causa* pela Universidade de Milão (Itália)

Ada Pellegrini Grinover



BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:
Carlos Alberto Pires Mendes

COORDENADORES ADJUNTOS:
Andréa Cristina D'Angelo, Fernanda Velloso Teixeira, Leopoldo Stefanino Leone Louveira e Paulo Sérgio de Oliveira

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 publicacoes@ibccrim.org.br



OLAPOC INFORMA:

A pesquisa realizada pelo Observatório Latino-Americano de Política Criminal (OLAPOC) sobre as “Defensorias Públicas na América-Latina” foi utilizada e é referência no “Diagnóstico das Defensorias Públicas no Brasil”, um extenso trabalho levado a cabo pela Secretaria de Reforma do Judiciário, a ser apresentado no próximo dia 1 de dezembro, ao excelentíssimo sr. ministro da Justiça, **Márcio Thomas Bastos**.

1. Introdução

O emprego exacerbado do termo *pedofilia* pelos meios de comunicação, conforme abordado por **Moraes** (2004), nos faz refletir acerca das bases etimológica, médico-legal e psiquiátrica do termo até aos reflexos no campo do Direito Penal.

A origem etimológica do termo *pedofilia* — que, ou aquele que gosta de crianças — é greco-latina e seu emprego remonta aos séculos XVIII e XIX. Segundo **Cunha** (1997, p. 357), *Filo*, derivado do grego *philo*, de *phílos* (amigo), ocorreu em vários compostos já formados no próprio grego e em muitos introduzidos na linguagem científica internacional, a partir do século XVIII, enquanto *Pedo*, do latim científico *paedo*, derivado do grego *paido*, de *páis*, *paidós* (criança), se documentou em vocábulos formados no próprio grego e em muitos outros introduzidos na linguagem científica internacional, a partir do século XIX.

Enfocando o sentido etimológico do termo, **Moraes** (2004) lembra que os pais que gostam de seus filhos são pedófilos sem que suas condutas sejam imorais ou ilegais; porém necessário de faz consignar que, na medida em que o gostar ultrapassa limites razoáveis de comportamento, o termo *pedofilia* passa a ter outras dimensões, conforme abordado pela Medicina Legal e pela Psiquiatria.

2. Bases médico-legal e psiquiátrica

A Medicina Legal tem a *pedofilia* como sendo uma perversão sexual que se apresenta como predileção erótica por crianças, vindo desde os atos obscenos até a prática de manifestações libidinosas, denotando graves comprometimentos psíquicos e morais dos seus autores (França, 1998, p. 197).

Sob o ponto de vista psiquiátrico, circunstâncias de vida e aspectos culturais afetam o comportamento sexual do ser humano quando este se relaciona com outros. Mas outros fatores da personalidade humana, como a conformação biológica e o senso geral de correção, estão intimamente ligados à sexualidade do indivíduo.

Desse contexto, a Medicina procura definir os casos de sexualidade anormais que, segundo **Kaplan, Sadock e Grebb** (1997, p. 616), são casos de “comportamento sexual destrutivo para o próprio indivíduo e para os outros”.

Dentro do comportamento sexual anormal ou, como prescreve o DSM-IV⁽¹⁾, dentre os transtornos sexuais e da identidade de gênero, encontra-se a *pedofilia*, espécie do gênero *parafilia*.

Segundo o DSM-IV (1995, p. 495), uma *parafilia* se caracteriza especialmente por “fantasias, anseios sexuais ou comportamentos

recorrentes, intensos e sexualmente excitantes, em geral envolvendo objetos não-humanos, sofrimento ou humilhação próprios ou do parceiro, crianças, ou outras pessoas sem o seu consentimento”. Tais aspectos se manifestam por um lapso temporal mínimo de seis meses, sendo que algumas pessoas somente se excitam, se as fantasias ou estímulos parafilicos estiverem necessariamente presentes na atividade sexual; em outras pessoas as preferências parafilicas são eventuais, podendo ser atingida a excitação mesmo sem a presença de fantasias e estímulos.

Em regra, os pacientes se apresentam com mais de uma *parafilia*, as quais abrangem: “*exibicionismo* (exposição dos genitais), *fetichismo* (uso de objetos inanimados), *frotteurismo* (tocar e esfregar-se em uma pessoa sem o seu consentimento), *masoquismo sexual* (ser humilhado ou sofrer), *sadismo sexual* (infligir humilhação ou sofrimento), *voyeurismo* (observar atividades sexuais), *pedofilia* (foco em crianças pré-púberes) e *parafilia sem especificação*, bem como outras *parafilias* encontradas com menor frequência, como por exemplo a *zoofilia*” (DSM-IV, 1995, p. 495).

Segundo **Kaplan, Sadock e Grebb** (1997, p. 635), a *pedofilia* é a mais usual *parafilia* nos “casos legalmente identificados” e parece ser predominante em indivíduos do sexo masculino. Estudos efetuados com pacientes atendidos em clínica constataram que transtornos de identidade de gênero incidem na proporção de dois para um em se considerando a relação homens para mulheres, assim como mais de 50% das *parafilias* se “iniciam antes dos 18 anos de idade”.

Os autores concluem que frequentemente os parafilicos possuem “de três a cinco *parafilias* diferentes ao mesmo tempo, ou em diferentes momentos de suas vidas”, mormente nas hipóteses de “*exibicionismo*, *fetichismo* (inclusive o transvestido), *masoquismo sexual*, *sadismo sexual*, *voyeurismo* e *zoofilia*”, atingindo maior incidência na idade entre 15 e 25 anos do indivíduo, seguindo-se um declínio gradual, até se tornarem raras em homens de 50 anos, “exceto por aqueles que ocorrem isoladamente ou com um parceiro cooperante”.

Segundo define o DSM-IV (1995, p. 499), “o foco parafilico da *pedofilia* envolve atividade sexual com uma criança pré-púber (geralmente com 13 anos ou menos). O indivíduo com *pedofilia* deve ter 16 anos ou mais e ser pelo menos 5 anos mais velho que a criança”. Ressalta, no entanto, que no julgamento clínico do paciente adolescente com *pedofilia*, deve-se levar em consideração, inclusive, a sua maturidade sexual, e não somente a diferença de idade, de forma que o intervalo etário não é preciso. Neste ponto **Kaplan, Sadock e Grebb** (1997, p.

637) afirmam que “o diagnóstico não se aplica, quando se trata de um indivíduo no final da adolescência envolvido em relacionamento sexual contínuo com alguém de 12 ou 13 anos”.

O DSM-IV (1995, p. 499) aduz que os indivíduos com *pedofilia* geralmente relatam uma atração por crianças de uma determinada faixa etária. Alguns preferem meninos, outros sentem maior atração por meninas, e outros são excitados tanto por meninos quanto por meninas, porém a vitimização feminina é relatada com maior frequência do que a masculina.

No caso de indivíduos que sentem atração pelo sexo feminino, ressalta, preferirem, geralmente, crianças de 10 anos, enquanto aqueles atraídos por meninos preferem, habitualmente, crianças um pouco mais velhas.

Assim, de acordo com a preferência sexual do indivíduo com *pedofilia*, esta se classifica em: tipo exclusivo (em que as vítimas são exclusivamente crianças) e tipo não-exclusivo (em que o paciente também sente atração por adultos). De acordo com seus anseios, os pedófilos podem se restringir apenas a despir e observar a criança se exhibir, aproveitando a cena para se masturbarem, enquanto outros, no entanto, praticam “*felação*, *cunilingua* ou *penetram a vagina*, *boca ou ânus da criança com seus dedos*, *objetos estranhos*, *ou pênis*”, empregando em referidos atos força variada. Para conseguir o seu intento, o pedófilo geralmente argumenta com sua vítima que essas ações ostentam “*valor educativo*”, ou simplesmente “*prazer sexual*”, ou que a criança foi “*sexualmente provocante*” com sua conduta, “*temas comuns também na pornografia pedófila*”.

O manual segue dizendo que os portadores de *pedofilia* podem restringir suas condutas “a seus próprios filhos, filhos adotivos ou parentes, ou vitimar crianças de fora de suas famílias”. Visando a garantir o anonimato, alguns pedófilos utilizam-se de ameaças como *modus operandi*, enquanto outros, mormente aqueles que visam frequentemente a vitimar crianças, empregam diversas técnicas para obterem acesso às vítimas, técnicas “que podem incluir a obtenção da confiança da mãe, casar-se com uma mulher que tenha uma criança atraente, traficar crianças com outros indivíduos com *pedofilia* ou, em casos raros, adotar crianças de países não-industrializados, ou raptá-las”. Salvo na hipótese em que o transtorno de identidade de gênero “está associado com *sadismo sexual*, o indivíduo pode atender às necessidades da criança para obter seu afeto, interesse e lealdade e evitar que esta denuncie a atividade sexual”.

Em que pese haver relato de indivíduos que passaram a ter comportamento pedó-

filo após a meia-idade, em regra o transtorno se manifesta na adolescência, com frequência que “costuma flutuar de acordo com o estresse psicossocial”, sendo crônico, de uma maneira geral, “especialmente nos indivíduos atraídos por meninos”, de modo que “a taxa de recidiva para indivíduos com pedofilia envolvendo preferência pelo sexo masculino é aproximadamente o dobro daquela para a preferência pelo sexo feminino”.

Apresentando alguns dados estatísticos, Kaplan, Sadock e Grebb (1997, p. 637) apontam as carícias genitais e o sexo oral como as principais formas de molestações em crianças, não sendo frequente a penetração anal e vaginal, salvo no caso de incesto. Concluem que “embora a maioria das vítimas infantis que vêm a ser atendidas seja do sexo feminino, esta constatação parece ser produto do processo legal. Os ofensores relatam que, quando realmente chegam a tocar na criança, a maioria das vítimas (60%) é do sexo masculino. Esta cifra contrasta vividamente com a vitimação de crianças sem toque, como no exibicionismo, no qual 99% dos casos são perpetrados contra crianças do sexo feminino. Além disso, 95% dos pedófilos são heterossexuais e 50% consumiram álcool em excesso por ocasião do incidente. Além da pedofilia, um número significativo de pedófilos encontram-se concomitantemente envolvidos, ou já estiveram, com exibicionismo, voyeurismo ou estupro”.

Seguem os autores dizendo que “o incesto está superficialmente relacionado à pedofilia, pela frequente seleção de uma criança imatura como objeto sexual, pelo componente sutil ou declarado de coerção e, ocasionalmente, pela natureza preferencial da ligação adulto-criança”.

Uma outra hipótese a ser considerada é poder estar a pedofilia associada com transtornos da personalidade. Segundo o DSM-IV (1995, p. 593), um transtorno da personalidade “é um padrão persistente de vivência íntima ou comportamento que se desvia acentuadamente das expectativas da cultura do indivíduo, é invasivo e inflexível, tem seu início na adolescência ou começo da idade adulta, é estável ao longo do tempo e provoca sofrimento ou prejuízo”.

O transtorno na personalidade mais comum que poderia estar associado com a pedofilia seria o *borderline*, cujos pacientes “situam-se no limite entre neurose e psicose, e se caracterizam por afeto, humor, com-

portamento, relações objetivas e auto-imagem extraordinariamente instáveis” (Kaplan; Sadock; Grebb, 1997, p. 693). A CID-10 (1993, p. 200), o classifica como “transtorno de personalidade emocionalmente instável”.

O DSM-IV (1995, p. 614) levanta um outro problema, relacionado aos efeitos de abuso físico e sexual em crianças e adolescentes, por serem um dos fatores mais comuns na história da infância dos indivíduos com Transtorno de Personalidade *Borderline*. Assim, no caso da pornografia infantil na Internet, por exemplo, não podemos

deixar de consignar que, por trás das fotografias acessadas e exibidas na tela do computador, encontram-se condutas perpetradas por agentes, nas quais se verificam abusos físicos e sexuais em crianças e adolescentes que, em fase de formação psicológica, terão uma probabilidade crescente de contraírem Transtorno de Personalidade *Borderline*, podendo o fenômeno estar ou não associado com outros transtornos de personalidade.

Abordando o abuso sexual em crianças, Bancroft (1989, p. 692, tradução nossa) apresentou um estudo feito por Mrazek et al., editado em 1981, onde um grupo composto por médicos legistas, pediatras, psiquiatras infantis e clínicos gerais, analisaram 1.072 casos de crianças vítimas de abuso sexual.

A pesquisa revelou que 4% das crianças vitimadas haviam experimentado dano primário na parte genital, enquanto a maioria, 69% dos casos, ajustava-se na hipótese em que haviam tentado experimentar ou tinham mantido relacionamento ou outro contato impróprio com adulto, e 16% se tratava de crianças que se tinham envolvido inapropriadamente com um adulto em atividades sexuais com outras crianças (ex.: coagida a fazer parte em fotografia pornográfica). Nesse contexto, aproximadamente 10% dos casos em que as crianças analisadas se enquadraram nas duas primeiras hipóteses experimentaram dano psicológico.

3. Conclusão

Necessário se fez pontuarmos as bases do termo *pedofilia*, pois o Direito Penal não tutela a criança e o adolescente contra condutas que se amoldam ao sentido etimológico do termo, mas tão-somente as ações ou omissões que ultrapassam a moralidade comum e caracterizem, sob a

ótica da Medicina Legal e da Psiquiatria, um comportamento sexual anormal.

Em decorrência, tem-se que os crimes praticados contra a criança ou adolescente, explicitados tanto no Código Penal como no Estatuto da Criança e do Adolescente, podem ser praticados por agente portador de *pedofilia*, mas nem todo autor dos crimes em espécie pode ser considerado um pedófilo.

Nesse sentido, a *pedofilia* poderá ser objeto de abordagem no campo da imputabilidade penal, nos termos do artigo 26 do Código Penal, sendo incorreto utilizar o termo para denominar o delito de publicar fotografias de conteúdo pornográfico infanto-juvenil. 

Nota

(1) Sigla que representa o manual denominado *American Psychiatric Association: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, 1995.

Bibliografia

- BANCROFT, John. “Sexual offences”, in: ———. *Human Sexuality and its Problems*, 2ª ed., Edinburg: Churchill Livingstone, 1989, pp. 689-708.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, pp. 357 e 590, 1997, 840 p. ISBN 85-209-084-62.
- DSM-IV – *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*, 4ª ed., tradução de Dayse Batista, Porto Alegre: Artes Médicas, 1995, pp. 467-634.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998, p. 491.
- KAPLAN, Harold I.; SADOCK, Benjamin J.; GREBB, Jack A. “Sexualidade humana”, in: ———. *Compêndio de Psiquiatria: Ciências do Comportamento e Psiquiatria Clínica*, 7ª ed., tradução de Dayse Batista, Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, pp. 616-647.
- . *Transtornos da Personalidade*. In: ———. ———, 7ª ed., tradução de Dayse Batista, Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, pp. 686-704.
- MRAZEK, P.B.; LYNCH, M.; BENTOVIM, A. “Recognition of child sexual abuse in the Unity Kingdom”, in: MRAZEK, P.B.; KEMPE, C. H. (ed.). *Sexually Abused Children and Their Families*, Pergamon: Oxford, 1981.
- MORAES, Bismael B. “Pedofilia não é crime”, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 12, nº 143, p. 3, out. 2004.
- Organização das Nações Unidas (coord.) “Transtornos mentais e de comportamento”, in: ———. *Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas*, tradução de Dorgival Caetano, Porto Alegre: Artes Médicas, 1993, pp. 195-217.

Mário Furlaneto Neto

Delegado de Polícia, mestre em Ciência da Informação pela Unesp Marília, professor de Direito Processual Penal do Univem - Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”

A norma penal em branco, originalmente reconhecida por **Binding**, é, desde então, objeto de várias controvérsias. Discute-se se o uso da norma penal em branco feriria o princípio da reserva legal; se o seu complemento tem de constituir lei formal, ou não; e se a admissão de complemento não proveniente do Poder Legislativo constituiria ofensa ao princípio da separação dos poderes. Há controvérsias relacionadas com a extensão do poder regulamentador, bem como com o tratamento do erro quanto à existência e aos pressupostos de fato do complemento. Também é tormentosa a questão da sucessão temporal de complementos da norma penal em branco. É patente, portanto, que as investigações relacionadas com a norma penal em branco se concentram nos aspectos materiais do instituto.

Nota-se pouca preocupação com discussões relativas aos eventuais reflexos processuais penais da adoção de normas penais em branco pelo ordenamento jurídico. Todavia, pode-se perceber, com razoável clareza, notável importância prática de alguns desses reflexos.

Um dos reflexos mais visíveis da norma penal em branco está na conformação da denúncia ou queixa. Como se sabe, o art. 41 do CPP impõe que a peça exordial exponha o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, e apresente a classificação do delito. Uma vez que a integração da tipicidade da norma penal em branco depende da existência de complemento, é natural que a denúncia ou queixa, quando se imputar fato previsto em norma penal em branco indique com clareza, (i) qual o ato normativo que constitui o respectivo complemento, bem como que descreva (ii) as circunstâncias factuais que se adequem à descrição normativa contida nesse complemento.

Ora, se a existência de tipicidade depende da existência do complemento da norma penal em branco, deve o acusador, seja público, seja privado, indicar o complemento, e descrever as circunstâncias a ele relativas. Se não o fizer, não terá descrito um fato típico, quicá criminoso, nem indicado corretamente sua classificação jurídica, o que resultará em uma peça exordial inepta, por desatender ao art. 41, do CPP.

A necessidade de que a denúncia indique, com precisão, as circunstâncias relacionadas com o complemento da norma penal em branco já foi expressamente reconhecida em precedente do Superior Tribunal de Justiça. Tal reconhecimento

se deu no julgamento do HC nº 14.694/RJ, pela 6ª Turma, sendo relator o min. **Hamilton Carvalhido**, restando assim redigida a ementa: “Habeas corpus. Crime de violação de direito autoral. Norma penal em branco. Inépcia da denúncia. Ordem concedida. 1. Não se ajustando a denúncia ao seu estatuto de validade (Código de Processo Penal, artigo 41), descrevendo a conduta do imputado, sem a completa circunstanciização do fato criminoso, é de rigor a declaração de sua inépcia, com o consequente trancamento da ação penal. 2. Ordem concedida.” No caso, o *habeas corpus* havia sido impetrado sob o argumento de ausência de justa causa para uma ação penal que cuidava de suposta violação de direito autoral, art. 184, § 2º, CP. A questão da inépcia da denúncia foi suscitada no parecer do MPF, nos seguintes termos: “(...) Denúncia. Inépcia. Desmerece transitar pela jurisdição penal a preambular que não se reporta, nem mesmo por implicação, às circunstâncias hauridas da legislação civil — Lei nº 9.616, de 1998 —, como elementos indispensáveis à caracterização do delito tipificado pelo art. 184, § 2º, Código Penal.”

Pode-se asseverar, todavia, sem medo de errar, que a imensa maioria das denúncias e queixas que versam delitos instituídos por normas penais em branco não indica a norma que constitui o complemento, nem traz a indispensável descrição das respectivas circunstâncias factuais. Isto representa flagrante violação à ampla defesa, pois, uma vez que se a imputação não é lavrada em termos minimamente claros, o defensor fica obrigado a um trabalho de adivinhação, para tentar defender eficazmente o cidadão. A indicação do complemento da norma penal em branco e a descrição das circunstâncias a ele relativas constituem providências indispensáveis para possibilitar ao acusado o mínimo exercício da ampla defesa. Se isto não é respeitado, a defesa fica absolutamente impossibilitada de oferecer considerações acerca de tudo que se relacionar com o complemento suscitado ao caso concreto.

Imagine-se que, num determinado processo, impute-se a um indivíduo a conduta de fazer funcionar estabelecimento potencialmente poluidor, “contrariando as normas legais ou regulamentares pertinentes” (o que constitui o crime do art. 60, da Lei nº 9.605/98). Não basta, como sói ocorrer, que a denúncia se reporte ao laudo pericial: a uma, porque, de regra, os peritos não citam o complemento da norma penal em branco; a duas, porque a acusação não pode substituir a lei pela mera palavra dos peritos (não se faz acusação penal com puro argumento de autoridade, divorciado da respectiva demonstração de legalidade), devendo a peça exordial sempre demonstrar a adequação da acusação às normas legais vigentes (mesmo porque o laudo pericial pode ser desconsiderado pelo juiz, art. 182, CPP). É indispensável que a denúncia indique, com

clareza, quais são as normas legais ou regulamentares pertinentes e descreva, na exposição fática, de que modo o funcionamento daquele estabelecimento potencialmente poluidor estaria em contrariedade com tais normas. Sem tais providências, a defesa fica indevidamente impedida de conhecer e de discutir questões absolutamente essenciais à caracterização da tipicidade do delito. Nesse exemplo, o defensor cioso de seu *munus* já se defronta, de início, com uma primeira dificuldade: fica ele na iníqua contingência de buscar descobrir, por meios próprios, qual é o ato normativo que complementa a norma incriminadora, o que já pode ser um trabalho difícil, dependendo da espécie de delito (como se sabe, há normas penais em branco espalhadas em todos os meandros do Direito Penal positivo). Na área ambiental (como em muitas outras), o defensor precisaria, evidentemente, de um consultor especializado. Esse trabalho fica ainda mais dificultado pela circunstância de que hoje ainda se admite que o complemento seja editado por um órgão da administração, levando a defesa a ter de se aventurar para entender nossa frequentemente confusa administração pública, cheia de órgãos novos e antigos (criados e rebatizados ao sabor de cada governo, e com competências nem sempre claras), à cata do complemento da norma penal. E isto tudo só porque a acusação sequer indicou, como lhe cabia, qual o complemento da norma penal.

Mas as dificuldades não param por aí: descobrindo a norma que seria o complemento, o defensor, à míngua de clara

Nota-se pouca preocupação com discussões relativas aos eventuais reflexos processuais penais da adoção de normas penais em branco pelo ordenamento jurídico.

Mas as dificuldades não param por aí: descobrindo a norma que seria o complemento, o defensor, à míngua de clara

➔ indicação pelo acusador, deve passar a buscar entender a que circunstâncias específicas a acusação estaria a se referir, no caso concreto. Isto leva a que o defensor passe a realizar um trabalho hercúleo, muitas vezes de impossível consecução, para a devida consideração e refutação de todas as variáveis possíveis (ainda que muito improváveis), colimando a demonstração de que absolutamente nenhuma daquelas circunstâncias constantes do complemento estaria configurada. Isto termina por acarretar gravíssima inversão do ônus da prova, pois, ao invés de a acusação, no nosso exemplo, demonstrar que o estabelecimento violou (e de que modo) tais e quais normas, fica a defesa a buscar demonstrar que toda a atividade da empresa se deu estritamente nos limites normativos. É uma situação claramente violadora da ampla defesa e da presunção de inocência. Eventual comentário no sentido de que a defesa não precisaria realizar um tal trabalho defensivo, podendo, à vista da imprecisão acusatória, apenas esperar a inexorável absolvição é totalmente desprezado da realidade da administração da Justiça Penal.

O complemento da norma penal em branco deve ser indicado ainda que sua existência e aplicabilidade pareçam óbvias, como seria o caso de crimes relacionados com substâncias entorpecentes. Basta lembrar o caso recente em que o cloreto de etila foi retirado, por alguns dias do mês de dezembro de 2000, do rol dessas substâncias, acarretando verdadeira descriminalização, com inexoráveis efeitos retroativos (cf. Medida cautelar no HC nº 81.136/SP, rel. min. **Marco Aurélio**, DJ 08.08.2001).

A questão da inépcia da denúncia levamos, portanto, a uma outra questão processual relevantíssima: o **ônus da prova** quanto ao complemento da norma penal em branco. Em primeiro lugar, cabe exclusivamente à acusação o encargo de apresentar prova quanto às circunstâncias que constituem o complemento. Ou seja, no exemplo relacionado com o art. 60 da Lei nº 9.605/98, caberá à acusação demonstrar cabalmente que o acusado faz o estabelecimento funcionar contrariando tais e quais normas legais e regulamentares, e não à defesa demonstrar a regularidade da atividade desse estabelecimento. Não se pode exigir da defesa tal prova.

E mais: se o complemento não provier de lei federal, a acusação também deve oferecer prova quanto à existência, ao teor e à vigência do ato normativo. Ora, se o complemento da norma penal em branco provier de atos administrativos ou de dis-

posições legais estaduais ou municipais (como alguns admitem), é evidente que, nessas circunstâncias, o complemento da norma penal em branco é objeto de prova. E a prova cabe, inequivocamente, à acusação. Seja qual for a fonte material do complemento, também cabe à acusação demonstrar que o complemento da norma penal em branco invocado é anterior à conduta imputada ao acusado; a necessidade de tal anterioridade já foi certamente indicada pelo STF, em recurso de *habeas corpus* interposto pelo prof. **Nilo Batista** e relatado pelo min. **Célio Borja** (RHC nº 64.282-9/RJ, 2ª Turma, DJ 05.12.86. Além da existência, do teor e da vigência do ato normativo, a acusação deve comprovar, ainda, que a regulamentação da norma penal em branco efetivamente competia ao órgão que expediu o complemento. Havendo dúvida quanto a alguma dessas circunstâncias, a pretensão punitiva deve ser julgada improcedente.

O fato de o ônus da prova quanto ao complemento e às suas circunstâncias caber exclusivamente à acusação não quer dizer que a defesa não possa formular requerimentos de prova para embasar suas teses de resistência. A defesa pode, sim, formular **requerimentos de prova** relacionados com aspectos fáticos ou jurídicos do complemento, mesmo porque estar-se-á a discutir a própria tipicidade do delito, o que tem pertinência manifesta com o mérito. Não pode o juiz dizer que, como o ônus seria da acusação, a defesa não pode ou não precisa formular tais requerimentos. A defesa deve ser livre e ampla para impugnar qualquer matéria de tipicidade, que é essencial ao mérito. Havendo dúvida quanto a alguma circunstância fática que constitua o complemento, a prova, tempestivamente requerida, deve ser deferida. Uma perícia, relacionada com circunstâncias presentes no complemento, normalmente terá relação com a própria materialidade e, por isso, jamais pode ser indeferida (cf. art. 184, CPP). Havendo dúvida quanto à existência, ao teor, à vigência ou à aplicabilidade do complemento, pode a defesa requerer, por exemplo, que se oficie a algum órgão.

Por fim, é indispensável que a **sentença** ou o **acórdão** indique, com precisão, qual é o complemento da norma penal em branco. O indivíduo tem o direito de conhecer, em sua integralidade, as normas invocadas pelo Estado para impor-lhe uma condenação criminal. Se a sentença não indica o complemento, não se perfaz, na sentença, a demonstração das normas estatais violadas pelo cidadão. O crime, cuja configuração deve restar comprovada na sentença, só existe se houver o

complemento. Deve também a sentença referir, à vista das provas carreadas aos autos, a configuração de cada uma das circunstâncias que constituem o complemento. Assim como ocorre relativamente a qualquer tese defensiva, a sentença ou o acórdão deve

É indispensável que a sentença ou o acórdão indique, com precisão, qual é o complemento da norma penal em branco. O indivíduo tem o direito de conhecer, em sua integralidade, as normas invocadas pelo Estado para impor-lhe uma condenação criminal.

obrigatoriamente enfrentar qualquer tipo de tese defensiva que possa se referir às circunstâncias fáticas, à existência, ao teor, à vigência ou à aplicabilidade do complemento da norma penal em branco. Na parte em que impõe pena, deve a sentença condenatória sopesar também as circunstâncias relacionadas no complemento (são, afinal, circunstâncias do crime) para a fixação da quantidade de pena. Como se sabe, o cidadão tem não só o direito de saber por que está sendo condenado, mas também de conhecer os motivos da imposição *daquela* pena, e não outra. Sem todos esses cuidados, a sentença ou o acórdão violará a garantia constitucional de fundamentação dos atos judiciais, especialmente se a decisão for condenatória. Essas exigências também se justificam para possibilitar a impugnação recursal.

Esses são apenas alguns aspectos processuais importantes das normas penais em branco e que, salvo hipóteses excepcionais, têm sido injustamente negligenciados, com graves violações a preceitos constitucionais, o que não pode persistir, para o que devem contribuir todos aqueles que intervêm no processo criminal. ●

Christiano Fragoso

Advogado criminal e professor de Direito Penal na Universidade Cândido Mendes - Ipanema

Parece evidente que existe, sim, um “problema das drogas” para o Estado e a sociedade. Decerto, pode-se concordar que nem todo usuário constitua um problema e que a droga não seja um problema para todo usuário. Todavia, os males causados pelo abuso, o vulto, em nossa era, de sua produção, distribuição e utilização, e o seu significado econômico são fatores que legitimam a preocupação dos governos, da sociedade e, portanto, da imprensa.

Infelizmente, a gravidade do problema não tem contribuído para uma discussão aberta e pragmática. O tema continua envolto em preconceitos, tabus e crenças, e costuma gerar uma polarização de posições, que se expressam, num extremo, pela idéia de “liberar geral” e, no outro, por concepções de “lei e ordem” ou “tolerância zero”.

Com efeito, um clima passional permeia quase todas as abordagens do assunto. Os setores favoráveis à repressão penal não hesitam em associar as drogas proibidas a todo tipo de mal que assola a sociedade, enfatizam as tragédias, e procuram estigmatizar qualquer tentativa de discussão, até mesmo acadêmica, como “caso de polícia”. O outro extremo costuma reivindicar a descriminalização pura e simples, a não-ingêrência do Estado no problema, exerce um patrulhamento ideológico do tipo “todo mundo *tem* que usar”, e transforma qualquer tentativa de discussão em “ato público”, quando não de desobediência civil. No seu conjunto, o debate esbarra em viscerais concepções morais e culturais, individuais e coletivas, que dizem respeito à autodeterminação individual. O penal é o último ramo do Direito a se livrar do sobrenatural e tem enorme dificuldade em lidar com o prazer. Ambos os extremos perdem potenciais aliados na construção de uma solução consensual, pois muita gente estaria disposta a discutir a criminalização, precisamente por ser *contra* as drogas.

A percepção pública atual do problema das drogas acaba paralisada entre o mal de seu abuso e o mal de sua criminalização. A superação desse impasse depara ainda com a falta de uma solução mágica, perfeita, e simples de ser implementada. As sociedades minimamente “bem informadas” não conseguem construir um consenso acerca de uma política de drogas criativa e inovadora. Num país periférico, por outro lado, não há muito espaço para criatividade e inovação nesse campo, devido a limitações econômicas e políticas

ditadas por uma cadeia de produção, distribuição e consumo globalizada. As implicações econômicas e políticas para qualquer solução são grandiosas e afetam poderosos interesses empresariais e estatais estabelecidos à sombra da proibição.

Paradoxalmente, existe um mínimo de informações, de amplo conhecimento, acerca da **ineficiência das atuais políticas de drogas**, que se sintetizam nos seguintes enunciados, com apelos morais e/ou pragmáticos: a proibição faz o tráfico (e o dinheiro sujo, desviado para outros empreendimentos sujos); algumas drogas lícitas são mais danosas que as ilícitas; a proibição aproxima o usuário de outros criminosos; nem todo usuário constitui um perigo para a sociedade; nem toda droga proibida cria dependência química, ao passo que algumas permitidas criam-na; desrespeito à dignidade humana, pelo menos no tocante à criminalização da posse para uso; fortunas que se constroem à sombra da proibição; mais danos do que benefícios à saúde e segurança pública; guerra perdida, etc.

A legislação brasileira filia-se ao que há de mais retrógrado em termos de tratamento do problema das drogas, mesmo penal. Inspira-se em considerações da ideologia da segurança nacional, trazendo dispositivos do tipo “é dever de toda pessoa (...) prestar colaboração”. As propostas de reformas legislativas quase sempre se inspiram em “mais do mesmo”: constata-se que a legislação vigente não está eliminando o problema, e propõem outra mais dura. A recente Lei nº 10.409, de 2002, que pretendia substituir a vetusta Lei nº 6.368, de 1976, cedendo a setores poderosos, ou, quando menos, barulhentos da sociedade, acabou mutilada por numerosos vetos presidenciais ao pouco que ela tinha de bom, como a abolição da pena privativa de liberdade para a posse de pequena quantidade.

A experiência brasileira do manejo eficiente da legislação específica demonstra com eloquência a ineficácia do tratamento policial e criminal do problema. Em primeiro lugar, o Poder Judiciário (assim como as demais agências do sistema penal), ao contrário do propalado em outros domínios, é particularmente severo, rápido e eficiente na repressão às drogas. Aqui, não há crise do Judiciário, nem impunidade, nem falta de verbas para a Polícia. Nos grandes centros urbanos, mais da metade dos esforços policiais estão, de alguma forma, ligados à repressão às drogas. Um inquérito policial por tráfico de drogas

termina em poucos dias, o suspeito permanecerá preso durante toda a persecução penal, o processo terá tramitação extremamente célere e as sentenças apresentarão altos índices de condenação a penas extremamente severas, sem direito a qualquer benefício durante seu cumprimento. Parece que o obscurantismo noticiado estimula os operadores do Direito Penal a trabalharem com mais afinho e eficiência em processos sobre drogas. Em segundo lugar, nenhum crime se presta melhor para: “mostrar serviço”, engordar estatísticas criminais, simular um flagrante, discriminar certos grupos sociais e desestabilizar desafetos políticos ou pessoais. O “envolvimento” com drogas despersonaliza e desmoraliza, seja no discurso policial, parlamentar ou da imprensa.

Existe, ainda, um outro uso que confere vida própria ao sistema penal no tocante a drogas, derivado da eficácia diametralmente diferenciada de dois crimes definidos na Lei de Entorpecentes. O primeiro, enunciado no art. 12, § 2º, da Lei nº 6.368/76, com as mesmas penas do tráfico, 3 a 15 anos de reclusão, é empregado contra qualquer pessoa que se proponha a discutir publicamente o problema das drogas, rotulando seu ato de “instigação”, “incitativo” ou “difusão”. O segundo, previsto no art. 17, por certo com penas mais brandas, criminaliza a violação do sigilo, que, segundo o art. 26, consiste no seguinte: absoluto, durante o inquérito policial, salvo para o juiz, Ministério Público, Polícia e advogado, e relativo, passível de liberalização pelo juiz, após a instauração da ação penal. Tal previsão se ajusta à inspiração da lei, que cuida da proteção da juventude e pretende evitar estardalhaço e publicidade em relação a crimes tão infamantes. Todavia, como se sabe, a maioria da matéria jornalística sobre drogas provém de fontes policiais, e os processos criminais por essa quebra do sigilo são insignificantes, ocorrendo, quando muito, em situações que atingem pessoas com algum poder político. Ora, da rigorosa aplicação do primeiro dispositivo mencionado, e da aplicação, no mínimo displicente, do segundo resulta que o sistema penal dá um claro sinal à sociedade de que é proibido discutir o assunto, porque a mera discussão já desperta desejo, mas é permitido, mediante a cobertura sensacionalista por setores da imprensa, mesmo que à custa da intimidade e dignidade da pessoa envolvida, condená-la antecipadamente, estigmatizá-la e alarmar a opinião pública.

Quanto aos aspectos econômicos e geo- ➡

políticos, o crescimento da produção e do consumo de drogas no Ocidente coincide com os anos da Guerra Fria, principalmente após a Guerra do Vietnã. O cientista social **Mahmood Mamdani**, que vem se dedicando à análise antropológica do terrorismo contemporâneo, demonstra, em seu recente livro *Good Muslim, Bad Muslim: América, the Cold War and the Roots of Terrorism*, uma perigosa associação entre o comércio de drogas, o comércio de armas, as guerras e o terrorismo.

Durante a Guerra Fria, os Estados Unidos, escaldados do pesadelo do Vietnã, passaram a dar suporte, quando não fomentar abertamente, a movimentos armados contra governos de países periféricos que não lhes eram simpáticos, seguindo a lógica simplista da época: se é hostil a esta superpotência, deve estar tendo apoio soviético. Para resumir uma longa e complexa análise, com o tempo o Congresso americano, pressionado pela opinião pública, passou a negar ao Executivo as verbas orçamentárias para esse tipo de atuação, chegando mesmo a proibi-la. No entanto, os serviços secretos norte-americanos continuaram fomentando tais lutas, na África, Ásia e América Latina, em alguns casos com a colaboração de Israel, instituindo as chamadas “guerras por procuração”. A verba negada ao orçamento oficial para o financiamento dessas atividades passou a ser buscada no tráfico internacional de drogas, compreendendo forte estímulo à ampliação do plantio e “vistas grossas” ao consumo. Já que o governo americano não podia “aparecer” nessas operações, os movimentos contra-insurgentes de sua simpatia passaram a assumir crescente autonomia, o que levou não só à terceirização das guerras, mas à sua privatização. Os grupos armados privados assim constituídos estabeleceram suas próprias relações com o tráfico de drogas, que os financiava, e com o comércio internacional de armas. Curiosamente, essa época de vertiginoso crescimento da produção e do tráfico internacional coincidiu com o discurso moralista do governo Reagan, de combate às drogas e intervenção militar para coibir o tráfico. Com a queda do império soviético, tais grupos armados assumiram vida própria e passaram a pôr em prática as técnicas de luta contra o inimigo aprendidas com seus mentores norte-americanos e israelenses.

Ainda assim, as drogas constituem um problema a ser administrado com meios repressivos, ou não. Há pelo menos duas fortes razões para se questionar o imobi-

lismo atual, de lidar com o problema quase que só repressivamente. O primeiro é que, ao mal do abuso das drogas, se acrescenta o mal da criminalização, com seu rastro de dor, sofrimento e morte. O segundo, que também reforça o primeiro, é que, diante da história de fracassos da repressão penal neste domínio, cabe indagar se ela contribui para a redução do consumo que, em última análise, é o que se deseja.

Por certo, não está ao alcance do Brasil nenhuma solução radical e inovadora, porque o problema é global e os países periféricos estão sujeitos a pressões dos Estados Unidos favoráveis à repressão, para não serem acusados de violar tratados internacionais, fomentar a produção ou o tráfico, incentivar o turismo ou a imigração de usuários. A solução criminalizadora pode estar com seus dias contados, da forma como feita atualmente, mas o primeiro passo não está ao alcance de países periféricos produtores, ou que servem de rota para os grandes mercados consumidores.

Enquanto isso, há pequenas políticas de redução de danos inteiramente ao alcance do Brasil, a exemplo da abolição da pena privativa de liberdade da posse para uso, a realização de experiências localizadas e controladas de “ministração” das drogas ditas “pesadas” a dependentes cadastrados, o fornecimento de material de consumo que evite doenças contagiosas e a iniciativa de fomentar, nos foros internacionais apropriados, a rediscussão das medidas preventivas e repressivas preconizadas por tratados internacionais.

Em longo prazo, pode-se vislumbrar algumas experiências de maior alcance na redução de danos, inclusive com uma descriminalização limitada, através de uma “proceduralização” da tutela penal do problema. A edição de códigos penais pressupõe uma classe ou grupo dominante, capaz de impor sua moral ao conjunto da sociedade coercitivamente, ou a construção de um consenso, em sociedade democrática. No entanto, a era em que vivemos tem a característica de reduzir, cada vez mais, o espaço público de consenso. Não há mais “certezas” religiosas, morais, econômicas ou políticas, capazes

de fornecer uma descrição e uma explicação completa do universo, que, ao mesmo tempo, encontrem adesão de parcela significativa da sociedade.

Com a perda da substância e da quantidade dos valores compartilhados coletivamente, reduz-se o espectro de atos cuja repressão penal encontre plena aceitação. Esse

é o caso das drogas, semelhança ao aborto e a certos crimes sexuais. Nesses temas, as sociedades estão virtualmente divididas ao meio quanto a criminalizá-los ou não: enquanto uma metade rejeita a descriminalização, pura e simples, a outra metade considera a

segregação de pessoas por conta dessas condutas uma barbaridade. Os argumentos de um e outro lado são conhecidos, mas a divisão parece insuperável.

Em tais situações, experiências recentes têm mostrado que é possível buscar um consenso, ainda que provisório, num plano intermediário entre as duas concepções, através da “proceduralização” da criminalização, que elimina a situação, moralmente inaceitável, de uma maioria escassa da sociedade impor sua visão à outra metade. Assim, o indivíduo passa a ser punido criminalmente, não por consumir, comprar, plantar, vender, fumar ou aplicar, e sim por fazê-lo sem receita médica ou sem a autorização do órgão sanitário e de controle de qualidade competente, isto é, por não obedecer ao *procedimento* de prevenção e controle.

Esta solução aponta no caminho de respeitar a opção individual, ao mesmo tempo em que o Estado e a sociedade emitem uma clara mensagem de que existe o risco do abuso das drogas, pelo que se dispõem a ajudar o dependente a se livrar do vício, reconhecendo ser este um problema de saúde pública, que não tolerarão, a exemplo do álcool, da ingestão de drogas em situações que criem perigo para terceiros, como no trânsito, e, por fim, reprimirão, com todos os instrumentos do Estado de Direito, a produção, a distribuição e o consumo fora dos mecanismos de prevenção e controle. 

Carlos Eduardo Vasconcelos
Professor assistente de
Disciplinas Penais na UnB

Experiências recentes têm mostrado que é possível buscar um consenso, ainda que provisório, num plano intermediário entre as duas concepções, através da “proceduralização” da criminalização, que elimina a situação moralmente inaceitável de uma maioria escassa da sociedade impor sua visão à outra metade.

“Uma das mais belas criações da nossa jurisprudência foi a liminar em pedido de habeas corpus, assegurando de maneira mais eficaz o direito de liberdade” (Fernando Tourinho Filho).

Pontes de Miranda, no prefácio da 7ª edição de sua obra clássica *História e Prática do Habeas Corpus*, escreveu: “O habeas corpus foi um dos passos mais seguros e uma das armas mais eficientes para a salvação da civilização ocidental. É o ‘não’ que a justiça diz, em mandamento, à violência e à ilegalidade; é o ‘sim’ a quem confia nos textos constitucionais e nas leis”.

Como se sabe, no Direito brasileiro, a “liminar” em *habeas corpus* é uma criação pretoriana. Tal criação, festejada e aplaudida de há muito, vem nos últimos tempos tornando-se raridade nos nossos egrégios tribunais.

Sob os mais desarrazoados fundamentos, a negativa de liminares em *habeas corpus* tornou-se “regra” nos tempos hodiernos, isso quando há algum fundamento no despacho denegatório, pois não é raro se ver despachos desprovidos até mesmo de fundamento técnico.

Sabemos que a onda de violência que assola nosso País, as várias denúncias de corrupção (venda de sentenças e despachos) nos mais diversos tribunais e alguns outros motivos fazem com que os julgadores se “amedrontem” e se “acautelem” ao proferirem seus despachos, preferindo muitas vezes se omitirem e deixarem que as Câmaras ou Turmas julgadoras se responsabilizem pela concessão ou não de *habeas corpus*, só que, aí, já não mais em sede de liminar, e sim no julgamento do mérito, meses depois da impetração.

Entendemos que isso tudo é mais um produto do chamado “Movimento da Lei e da Ordem”, segundo o qual as garantias dos cidadãos são suprimidas em nome do combate à criminalidade. É justamente contra isso que devemos lutar.

Denunciamos, pois, o profundo descompasso que se verifica entre teoria e prática, em sede de liminar em *habeas corpus*.

Se observarmos a criação e a evolução do instituto podemos verificar que a concessão da medida obedece à verificação prévia da presença dos pressupostos das cautelares, ou seja, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Assim, observados tais pressupostos — que, aliás, em se tratando de retirar ou evitar a ida de alguém ao cárcere nas atuais condições do sistema carcerário nacional, o *periculum in mora* sempre estará evidenciado —, não há por que se negar liminarmente o pedido de *habeas corpus*.

O que se percebe é que nem sempre é

dada a devida atenção ao caso concreto. A um, porque basta a leitura, nos diários oficiais, dos despachos sobre pedidos de liminares onde vemos uma série de repetições de seus termos, sendo difícil acreditar que todos os pedidos apresentam exatamente os mesmos fatos e causas de pedir. A dois, porque não é raro se ver requerimentos de reapreciação do pedido de liminar quando o julgador (re)analisou o caso e, aí, concede a providência. O que nos leva a imaginar a “inimaginável” hipótese de que o pedido não havia sido “devidamente” analisado.

Há ainda o exemplo do Estado de São Paulo, onde o pedido é analisado pela vice-presidência, e não pelo relator, o que, como bem nos lembrou o criminalista Rodrigo Dall’Acqua, fere o princípio do juiz natural. Destarte, a Associação Juizes para a Democracia encaminhou proposta para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para que se garanta o princípio do juiz natural na apreciação de liminares, proposta essa em estudo por aquela Corte há alguns anos.

E mais, a possibilidade de levar a petição em mãos do julgador, ou pelo menos de ser atendido por ele (e não por auxiliares) no momento que antecede o despacho, vem se tornando, a exemplo da concessão da liminar, coisa raríssima nas Cortes.

Estamos a falar de garantia da liberdade de um cidadão!

Todos os pedidos devem ser sobejamente analisados e, quando for o caso de denegar a liminar, a denegação deve ser devidamente fundamentada, analisando-se o caso concreto.

Nos dias atuais, como regra na grande maioria dos tribunais brasileiros, o processo de *habeas corpus* tem demorado muito para ser julgado, ou seja, negada a liminar, a prisão se efetivará ou perdurará por, no mínimo três ou quatro meses (ou ainda mais), o que é inadmissível.

A aplicação da Teoria do Garantismo, cujo principal expoente é Ferrajoli, pode auxiliar também neste campo, uma vez que a mesma consiste na tutela dos direitos fundamentais dentre os quais está a vida e a liberdade.

Estando a origem da liminar em *habeas corpus* intimamente relacionada com a evolução do Estado de Direito, sua concessão, como manifestação da Justiça, deve ser a regra. Ao contrário, sua denegação, conforme já afirmamos, exige fundamento legal apropriado, não servindo a mera repetição do texto da lei, muito menos “chavões” de pseudolegalismo, mas, sim, uma análise séria e profunda do caso concreto.

A liminar em sede de *habeas corpus* é uma conquista fundamental do nosso ordenamento jurídico, como efetivo instrumento para a proteção dos indivíduos contra os abusos do poder punitivo estatal.

Portanto, sob a ótica do Garantismo Penal, as posições atualmente adotadas na imensa maioria dos despachos denegatórios de liminar em *habeas corpus* contrariam os direitos fundamentais — os direitos humanos constitucionalizados. Ferrajoli, a sua vez, diz que o juiz deve concretizar os direitos humanos mesmo contra a posição da maioria; deve defender o cidadão até contra a unanimidade: em favor do um, contra todos — e como isso é importante em tempos de fúria persecutória! ☹

Bibliografia

- Associação Juizes para a Democracia.** “Dez anos de luta para a democracia”. Disponível na internet em: <http://www.ajd.org.br/historia.htm>. Acesso em 24 de novembro de 2004.
- CADEMARTORI, Sérgio U.; XAVIER, Marcelo Coral.** “Apontamentos iniciais acerca do garantismo”. Disponível na internet em: <http://www.ccj.ufsc.br/~petdir/apontamentos.html>. Acesso em 15 de agosto de 2004.
- CARVALHO, Amilton Bueno de.** *Garantismo Penal Aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CHOUKR, Fauzi Hassan.** “Teoria do Garantismo e seus Reflexos no Direito e no Processo Penal”. Disponível na internet em: <http://www.direitopenal.adv.br/artigo51.doc>. Acesso em 20 de setembro de 2004.
- FERRAJOLI, Luigi.** *Revista Jueces para la Democracia*, nº 4, Madrid, 1998.
- . *Derecho y Razón*. Madrid: Ed. Trotta, 1995.
- FIORI, Ariane Trevisan.** “O dever de motivação das decisões penais como garantia política e processual”. Disponível na internet em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 12 de setembro de 2003.
- GRECO, Leonardo.** “Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo”. Disponível na Internet em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 15 de agosto de 2004.
- MIRANDA, Pontes de.** *História e Prática do Habeas Corpus*, atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1999.
- SUANNES, Adauto.** *Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa.** *Prática de Processo Penal*, 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

Paulo Sérgio de Oliveira

Advogado criminalista, mestrando em Direito Público pela Universidade de Franca e professor de Direito Penal e Processual Penal nas Faculdades Integradas de Valinhos - FAV e na Faculdade Comunitária de Campinas - FAC

O MONITORAMENTO ELETRÔNICO DAS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS – EFETIVIDADE OU FASCISMO PENAL?

Fábio Tofic Simantob

Fábio Tofic Simantob

Quando se discute a efetividade das penas alternativas, irrompe no centro do debate a questão da constitucionalidade de algumas formas de monitoramento e fiscalização do sentenciado.

Neste quadro, começa a ganhar adesão entre alguns legisladores e juristas brasileiros a proposta de monitoramento eletrônico das penas alternativas, medida que já vem sendo aplicada, aliás, em diversos Estados norte-americanos.

Segundo informou o dr. John Steer, conselheiro geral da Comissão de Sentenças dos Estados Unidos, durante a Conferência Internacional sobre Penas Alternativas realizada em Brasília no último mês de maio, atualmente, nos Estados Unidos mais de 20 mil sentenciados vivem sob este regime de monitoramento. Steer relatou que ao receberem referido “benefício”, os condenados têm uma pulseira amarrada ao seu tornozelo, através da qual o cumprimento da pena restritiva de direitos passa a ser monitorado eletronicamente.

Ainda nas palavras do especialista americano, esta tem se mostrado uma boa forma de substituir a pena de prisão por reprimenda restritiva de direitos, mesmo porque, financeiramente, onera o Estado em proporções muito inferiores que a pena privativa de liberdade e, ainda, confere ao condenado a oportunidade de trabalhar para arcar com os custos da própria pena.

Entretanto, em que pese a *efetividade econômica* da medida aplicada pelos alienígenas — e que alguns pretendem ver implantada no nosso País — no plano jurídico, tal modalidade de fiscalização não parece se coadunar com os ditames estabelecidos pela ordem constitucional brasileira e, por conseguinte, com a própria natureza das penas restritivas de direitos.

A introdução das penas alternativas no sistema punitivo brasileiro remonta ao ano de 1984, com a entrada em vigor da Lei nº 7.209/84, que passou a prever algumas modalidades de penas restritivas de direitos além da pena pecuniária.

Acenando na mesma direção da reforma penal de 84, diversos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988 permitem perceber uma predileção do constituinte originário pela aplicação de penas restritivas de direitos. Tais princípios são, entre outros, a) o da humanidade das sanções, contemplado no artigo 1º, III, (dignidade da pessoa humana), artigo 5º, III, XLVII, XLVIII, XLIX e L; b) o da personalidade da pena, previsto no artigo 5º, XLV; c) o da individualização da pena (artigo 5º, XLVI); d) o da proporcionalidade da pena — contendo nele a noção de retribuição justa (artigo 5º, V) e; e) o da

intervenção mínima (artigo 5º, § 2º, c/c artigo 8º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1789).

Somam-se a todos estes princípios ainda os da **necessidade, utilidade e suficiência** da pena, contemplados em vários dispositivos, tais como no artigo 8º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1789), segundo o qual “*a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias*”, além dos artigos 44, 59, 121, § 5º, 129, § 8º, todos do Código Penal Brasileiro.

Em outras palavras, a pena restritiva de direitos não se situa mais no nosso sistema jurídico como uma mera alternativa à prisão —, mas sim como uma medida ressocializadora a ser aplicada sempre que *necessária e suficiente* na resposta penal. Releva dizer que entendimentos jurisprudenciais que somente procuram satisfazer o clamor social — alimentado por um abusado sensacionalismo midiático — por medidas mais drásticas de repressão penal, não têm o condão de alterar esta indisfarçável realidade constitucional.

Percebe-se, dessa forma, que segundo os ditames constitucionais inscritos na Carta de 1988, a pena de prisão é que passou a se situar no patamar de pena alternativa, a ser aplicada, subsidiariamente, sempre que — e somente quando — as restritivas de direitos não se revelarem suficientemente eficazes na reprovação do delito e do delinqüente.

Ao verificarmos esta predileção do legislador pela aplicação das penas restritivas de direitos em detrimento da pena de prisão, desfaz-se por completo a falácia comumente sustentada pelos defensores do monitoramento eletrônico, calçada na idéia de que “*a pena restritiva de direitos é um prêmio, bastando, portanto, ser uma opção mais benéfica que a pena de prisão*” para ser legítima e constitucional a sua aplicação.

Ora, em primeiro lugar, a idéia de que a pena alternativa é um prêmio, um presente ao condenado, além de ignorar completamente a sua presteza como medida ressocializadora, apenas faz medrar a crença — infelizmente já bastante difundida no nosso País — de que tal espécie de reprimenda constitui um instrumento legal à serviço da impunidade.

Na verdade, antes de se revelar como um prêmio ou um benefício conferido ao condenado — como equivocadamente se costuma denominá-la — a pena restritiva de direitos é a resposta penal por excelência quando, por si só, *necessária e suficiente* à reprovação do fato delituoso.

Ou seja, a pena de prisão não é paradigma, mas o é a pena restritiva de direitos, bem como o são os princípios escolhidos pelo constituinte para nortear a

aplicação da pena, dentre os quais se destaca soberanamente o da *dignidade da pessoa humana*.

Afigura-se de uma clareza mediana, portanto, a conclusão no sentido de que a Carta Constitucional de 1988 elencou princípios fundamentais que conduzem a uma aplicação humanista da pena, sendo ambos, em princípio, incompatíveis com a pena de prisão.

É verdade que, quando as penas restritivas não se mostram suficientes na resposta penal, a Constituição Federal permite que o sentenciado seja retirado do convívio social. De fato, tratam-se de casos excepcionais nos quais o primado do interesse público e da segurança coletiva sobrepõem-se aos demais direitos e garantias fundamentais, justificando, assim, a medida extrema, qual seja, a pena privativa de liberdade.

Todavia, se os direitos e garantias fundamentais acima elencados podem, em certos casos excepcionais, sucumbir ao império do interesse público, justificando assim a aplicação da pena de prisão, o mesmo não pode suceder quando esta modalidade mais drástica de reprimenda não se revela absolutamente necessária.

Em outras palavras, quando o sentenciado faz jus a penas restritivas de direitos, isto significa dizer que o fato delituoso por ele praticado não é grave o suficiente para que tenha lugar o cenário *excepcional* da pena de prisão. Neste caso, então, afastada a excepcionalidade, devem imperar soberanamente os princípios gerais de aplicação da pena garantidos na Constituição Federal, ou seja, o da dignidade da pena, proporcionalidade, intervenção mínima, necessidade e suficiência das sanções, etc.

Dessa forma, não se pode conceber a instituição de um mecanismo de monitoramento das penas restritivas de direitos que, sob o pretexto de imprimir maior efetividade ao seu cumprimento, sobrepuje princípios e garantias constitucionais, cuja relativização o constituinte só admitiu em casos excepcionais de indeclinável necessidade da pena de prisão.

Afinal, não faria qualquer sentido aplicar penas restritivas de direitos no afã de eliminar as indignidades da pena de prisão, se as formas escolhidas para monitorá-las apenas fariam ressuscitar as mazelas e degradações próprias do encarceramento, como a violação da intimidade e da vida privada, além da odiosa estigmatização social do sentenciado, que teria de esconder sua *letra escarlate* — a pulseira eletrônica — durante o período de cumprimento da pena.

Certo é, por outro lado, que o controle dos movimentos do condenado, almejado pelos defensores do monitoramento

eletrônico, representaria forma das mais odiosas de restrição à liberdade, na medida em que permitiria, além de tudo, uma indecente penetração do olhar implacável da vigilância estatal no sagrado espaço da intimidade do lar.

De mais a mais, a simples idéia de amarrar aos pés do condenado uma pulseira através da qual seus movimentos poderão ser minimamente controlados, prescinde de maiores argumentações racionais para que, a qualquer espírito humano, se revele forma abjeta, degradante e vil de se sujeitar um indivíduo ao cumprimento de pena, sendo incompatível, destarte, com o princípio de hu-

manidade das sanções e, por conseguinte, com a própria natureza das penas restritivas de direitos.

Enfim, enquanto prevalecer o discurso de que penas alternativas à prisão são somente “*um fardo difícil de suportar que a Constituição Federal impingiu à dita população de bem*”, ou que é simplesmente “*um mecanismo a serviço da impunidade*”, sempre haverá margem para falsos heróis distorcerem o espírito humanista que as inspiram, propondo formas de fiscalização e monitoramento dignas de quem parece não resistir aos impulsos totalitários que habitam os terrenos mais obscuros e sombrios da mente humana. (B)

VIOLÊNCIA E DIREITO PENAL

Leonardo Isaac Yarochevsky

A violência e criminalidade estão entre os principais problemas da sociedade contemporânea. Contudo, não é de hoje e nem de agora que o mundo convive com a violência.

De acordo com o antropólogo **Gilberto Velho**, “*a vida social, em todas as formas que conhecemos na espécie humana, não está imune ao que se denomina, no senso comum, de violência, isto é, o uso agressivo da força física de indivíduos ou grupos contra outros. Violência não se limita ao uso da força física, mas a possibilidade ou ameaça de usá-la constitui dimensão fundamental de sua natureza*”. Para **Velho**, a violência está, também, associada “*a uma idéia de poder, quando se enfatiza a possibilidade de imposição de vontade, desejo ou projeto de um ator sobre o outro*” (cf. **VELHO, Gilberto e ALVITO, Marcos**. *Cidadania e Violência*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, Editora FGV, 2000).

Em relação ao conceito e à idéia de violência é interessante notar a diferença do “*discurso popular ou do senso comum*” e o “*discurso erudito*”. Segundo o antropólogo **Damatta**: “*(...) o discurso do senso comum fala da violência de outro modo, já que é uma narrativa baseada na experiência diária. Nele, a violência não surge apenas como um fenômeno histórico, ligado a certas instituições sociais e regimes políticos, mas sobretudo como mecanismo social indesejável: uma ação espontânea, reparadora e direta que rompe os espaços e as barreiras dos costumes, as normas legais, e invade de qualquer maneira o espaço moral do adversário. Quando falamos de violência neste nível, a imagem que mais aparece é a do descontrole que se expressa na briga, na agressão e no conflito, situações nas quais o informante visualiza dois ou mais seres humanos engajados em confronto físico. Afora essas imagens, nin-*

guém mencionou processos histórico-sociais globais (...)”. E, mais adiante, este autor ainda afirma que: “*Esse discurso da violência manifesta uma visão hierárquica da sociedade, na qual a complementaridade de posições sociais e a graduação das linhas de poder e riqueza são básicas*” (cf., **DAMATTA, Roberto**. *Conta de Mentiroso: Sete Ensaios de Antropologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993, pp. 180-182).

Contudo, não são raras as vezes que a violência é confundida e tomada como sinônimo da criminalidade e esta, por sua vez, é logo atrelada ao sistema penal, incluindo aqui a Polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário e o sistema penitenciário. Neste diapasão, também, não é incomum responsabilizar a legislação penal pelo incremento da violência e, conseqüentemente, da criminalidade.

Assim, embaraçando os conceitos de violência e de crime é que muitos buscam através do Direito Penal simbólico, da lei e da ordem, solução mágica para problemas sociais entre eles o da violência.

O crime é uma criação do homem. O sociólogo francês **Émile Durkheim** no final do século XIX já alertava que o crime, além de ser um fenômeno normal, seria impossível uma sociedade que dele estivesse isenta. No dizer de **Durkheim** o crime chega até a desempenhar uma função útil na sociedade, posto que muitas vezes o crime (ato que ofende certos sentimentos coletivos) constitui uma antecipação da moral futura e portanto indispensável à evolução normal da moral e do direito.

Quando **Durkheim** diz que o crime é normal, refere-se a esta normalidade no sentido de que assim como a dor o crime, também, não é desejado e, portanto, há

Bibliografia

- DOTTI, René Ariel**. *Penas Restritivas de Direitos - Críticas e Comentários às Penas Alternativas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto**. *Novas Penas Alternativas*, São Paulo: Saraiva, 1999.
- FOUCAULT, Michel**. *Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão*, 16ª ed., Petrópolis: Vozes, 1997.
- Conferência Internacional sobre Penas Alternativas 2004** – “Efetividade das penas e medidas alternativas”. Local: Academia Nacional de Polícia. 4, 5 e 6 de maio. Brasília/DF - Brasil.

Fábio Tofic Simantob

Advogado e sócio fundador do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD)

Fábio Tofic Simantob

Leonardo Isaac Yarochevsky

um empenho da sociedade (reforço do sentimento coletivo) em reprimi-lo. Entretanto, para que continue sendo um fenômeno normal, é necessário que o crime, logo a criminalidade, não ultrapasse a determinados limites. Do contrário, a hipótese de expansão poderia nos conduzir a situação de anomia, ou seja, um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras e condutas perde o valor.

Derivada do grego, a palavra anomia significa sem lei, ausência de regras e conota iniquidade, injustiça e desordem. **Merton**, em 1938, desenvolveu a teoria funcionalista da anomia, teoria esta que, segundo **Baratta**, “*(...) representa uma etapa essencial no caminho percorrido pela sociologia criminal contemporânea (...)*”. Segundo este autor o modelo funcionalista proposto por **Merton**, “*(...) consiste em reportar o desvio a uma possível contradição entre estrutura social e cultura: a cultura, em determinado momento do desenvolvimento de uma sociedade, propõe ao indivíduo determinadas metas, as quais constituem motivações fundamentais do seu comportamento (por exemplo, um certo nível de bem-estar e de sucesso econômico). Proporciona, também, modelos de comportamentos institucionalizados, que resguardam as modalidades e os meios legítimos para alcançar aquelas metas. Por outro lado, todavia, a estrutura econômico-social oferece aos indivíduos, em graus diversos, especialmente com base em sua posição nos diversos estratos sociais, a possibilidade de acesso às modalidades e aos meios legítimos para alcançar as metas*” (grifo do autor). Para **Merton**, a criminalidade decorre da desproporção entre os objetivos socialmente fomentados e os meios postos ao alcance das pessoas para atingir tais objetivos. (Cf. ➡

➔ **BARATTA, Alessandro.** *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*, trad. **Juarez Cirino dos Santos**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 63).

É mister salientar que, mais que uma questão puramente legal, a violência, a criminalidade constituem um problema social⁽¹⁾.

Daí por que acreditar-se que a melhor política criminal é justamente aquela da substituição do Estado penal pelo Estado do bem-estar social, pois somente através de uma política social adequada que favoreça a erradicação da pobreza⁽²⁾, que torne a educação realmente um direito de todos, que não permita ser a saúde um privilégio de poucos, que não propicie que crianças morram de fome, e por fim que o homem seja respeitado por aquilo que é e não por aquilo que tem, somente assim torna-se o verdadeiramente possível alcançar-se o patamar do tão proclamado Estado Democrático de Direito. Conforme ensina **José Afonso da Silva**, “a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de libertação da pessoa humana da forma de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício”⁽³⁾.

Apesar de tudo, sempre que ocorre um crime de repercussão, geralmente quando a vítima ou o autor pertence à classe média/alta da sociedade, vozes se levantam para apregoar a necessidade, imperiosa, de se reformar o Código Penal. Para esses, o Código Penal é o responsável principal e direto pela impunidade e, conseqüentemente, pelo aumento da criminalidade no País.

Não obstante o rigor das leis penais, principalmente da lei dos crimes hediondos, a criminalidade continua crescente. Daí decorre a conclusão lógica de que a transformação de condutas, que não afetam bens jurídicos fundamentais, em crime; o acréscimo sistemático das penas; o

cerceamento de direitos e garantias, a redução da imputabilidade penal e outras medidas de caráter draconiano não implicam, como muitos crêem, na diminuição da violência e da criminalidade.

Os penalistas, que sustentam a necessidade de reforma do Código Penal visando o endurecimento da legislação, não passam de vendedores de ilusões. Já foi dito e repetido que o Direito Penal não é e não pode ser uma panacéia para os males da sociedade. O caráter intimidador da pena tem se revelado um mito na prevenção do crime.

No Estado da Califórnia e em outros estados norte-americanos, informam **Hassemer e Muñoz Conde**⁽⁴⁾, adotou-se a regra do “three strikes and you are out”.

Assim, semelhantemente a esta regra aplicada a jogos americanos de baseball, quando o indivíduo comete um terceiro delito, ainda que seja este um crime sem maior gravidade, como, por exemplo, um furto, após haver cometido, dois outros graves delitos, não necessariamente violentos⁽⁵⁾, ele deve ser castigado com uma pena de prisão perpétua ou de, no mínimo, vinte e cinco (25) anos, sem possibilidade de redução⁽⁶⁾. Não é sem razão que os Estados Unidos possuem hoje uma das maiores populações carcerárias do planeta, estando próximo da astronômica cifra de dois milhões de encarcerados. Acrescente-se, ainda, que a maioria dessa população provém das camadas mais pobres da sociedade, bem como de minorias hispânicas e negras, o que, por si só, faz com que seja tal política observada com bastante reserva. Ademais, ressalte-se que tal política, adotada, não tem demonstrado eficácia na redução da delinquência, principalmente no tocante à delinquência violenta⁽⁷⁾.

Sendo assim, é mister que a sociedade entenda, de uma vez por todas, que a melhor política criminal é a política social onde a repressão dá lugar à prevenção. A sociedade, também, precisa aceitar que a criminalidade é, queiramos ou não, gostemos ou não, um produto social e, como bem salientou **Paulo Sérgio Pinheiro**, “a democracia não pode apoiar-se num Estado de Direito que pune preferencialmente os pobres e os marginalizados”. ◉

Notas

(1) Neste sentido, **Hassemer e Muñoz Conde** afirmam que: “(...) el problema de la criminalidad es, pues, ante todo un problema social y viene condicionado por el modelo de sociedad. Sería ilusorio, por tanto, analizar la criminalidad desde un punto de vista natural, ontológico o puramente abstracto desconectado de la realidad

social en la que surge” (**HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco.** *Introducción a la Criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 175).

(2) “Quando os especialistas se referem ao número de pobres, no Brasil, estão mencionando um conjunto de pessoas que recebem renda inferior a um determinado patamar — a chamada **linha de pobreza** — apenas suficiente para satisfazer as despesas básicas com alimentação, vestuário, habitação e transporte e que varia de acordo com o custo de vida das várias regiões (...). A linha de pobreza depende do patamar mínimo considerado. Por exemplo, se classificamos como pobres aqueles que recebem menos de 1 dólar por dia (metodologia do Banco Mundial/Pnud), o total de pessoas pobres no país seria de 24 milhões de pessoas no ano 2000. Existe também a chamada **linha de indigência** — nível de renda abaixo do qual as pessoas não conseguem satisfazer sequer as despesas de alimentação. Segundo o Ipea, no ano de 2000 o Brasil possuía 22 milhões de indigentes (13% da população total)” (*Almanaque Abril: A Enciclopédia da Atualidade*, 29ª ed., São Paulo: Abril, 2003, pp. 143-144 — grifo do autor).

(3) **SILVA, José Afonso da.** *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 119-120.

(4) **HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco.** *Introducción a la Criminología*, op. cit., p. 286.

(5) Embora em algumas unidades da Federação, o terceiro crime praticado pelo agente deva ser grave, ou seja, violento, “(...) em outras bastam três condenações por crimes leves (dois furtos de uma pizza, por exemplo, e um cheque sem fundos de pequeno valor) para que a prisão perpétua se aplique (...)”. Mais adiante, **Lemgruber** informa que, “(...) como parte da estratégia do que os americanos chamam de ‘being tough on crime’ (ser duro com o crime), foi introduzida a regra do ‘truth in sentencing’, que exige o cumprimento de pelo menos 85% da pena imposta, ou seja, impede que uma boa ficha disciplinar ajude o preso a deixar a cadeia antes de cumpri-la quase integralmente (...)” (**LEMGRUBER, Julita.** *O Controle da Criminalidade: Mitos e Fatos*, op. cit., pp. 166-167).

(6) Importa, aqui, observar que a política adotada pelo Estado da Califórnia e por outros Estados americanos tem gerado, também, um aumento considerável das despesas com o sistema prisional, em contrapartida aos investimentos em educação superior, por exemplo, que tem diminuído sensivelmente. Neste sentido **Wacquant** informa que, “(...) o orçamento da administração penitenciária da Califórnia subiu de menos de 200 milhões de dólares em 1975 para mais de 4,3 bilhões em 1999 (isso não é um erro de imprensa, é efetivamente 22 vezes mais) e supera desde 1994 aquele destinado às universidades públicas, por muito tempo tidas como a jóia do estado (...)” (**WACQUANT, Loïc.** *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 87; e, também: **LEMGRUBER, Julita.** *O Controle da Criminalidade: Mitos e Fatos*, op. cit., p. 168, entre outros).

(7) **HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco.** *Introducción a la Criminología*, op. cit., p. 289.

Leonardo Isaac Yarochevsky

Advogado, professor de Direito Penal da PUC/Minas, mestre e doutor em Ciências Penais pela UFMG

O grupo de pessoas e as instituições abaixo-relacionadas elaboraram o seguinte documento como contribuição à Consulta Pública nº 01, de 16.10.04, aberta pela Secretaria Especial de Direitos Humanos em 20.09.2004 com vigência até 20.10.04, sobre o Projeto de Lei de Execução das Medidas Socioeducativas produzido por Grupo de Trabalho do Conanda⁽¹⁾.

Este documento sobre o Projeto de Lei de Execução de Medidas Socioeducativas tem como fundamentos: o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº 8.069/90) é um instrumento jurídico de garantias de direitos das crianças e adolescentes brasileiros; as leis a serem elaboradas sobre a matéria devem pautar-se pelos princípios da Constituição Federal voltados à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, configurar efetivo aperfeiçoamento da legislação infraconstitucional e representar real aprofundamento das garantias individuais do cidadão adolescente. Nesse sentido, consideramos importante e necessária uma lei reguladora da execução das medidas socioeducativas, que venha preencher as lacunas existentes no ECA e superar a discricionariedade permitida por ele.

A partir desses pressupostos iniciais, entendemos que a proposta de Projeto de Lei em consulta pública não resolve satisfatoriamente essas lacunas; tampouco cria sistemática mais garantidora dos direitos fundamentais do cidadão adolescente.

Deixando de lado aspectos ligados à inconstitucionalidade de diversos pontos — que nem caberia discutir neste sintético documento —, preocupam, especialmente, alguns pontos do projeto, pela ausência das questões postas em debate:

1. A transferência das responsabilidades do Estado para o privado em matéria relativa ao controle social; ou seja, a execução da privação de liberdade do cidadão adolescente por entidades particulares. As insuficiências do Estado no desempenho de suas responsabilidades não podem e não devem ser justificativa para tal medida. A história da civilização nos mostra que a administração da Justiça pelo Estado é o reconhecimento dos cidadãos de que o mais grave dos mecanismos reguladores da convivência coletiva (porque importa na privação da liberdade da pessoa humana) há de estar acima de interesses particulares, característicos de uma sociedade plural e heterogênea, para garantir o princípio da equidade entre os cidadãos, fundamento das sociedades de homens livres; para garantir sufi-

cientemente o **controle político** das atividades repressoras do Estado, pilar do Estado Democrático de Direito, especialmente no tocante ao respeito aos direitos fundamentais já assegurados na Constituição Federal.

2. A diretriz de municipalização da execução das medidas privativas de liberdade vem contrária ao interesse público e ao interesse individual de cada adolescente autor de ato infracional. É desorganizadora dos serviços públicos e causa desperdício da verba pública, porque pouquíssimas de nossas cidades têm demanda para tanto. É inadequada, sob o ângulo de possibilitar fragmentação da política pública de segurança. Tende a favorecer uma política pública de “segurança máxima”, porque estimula a priorização da privação de liberdade, em detrimento das medidas de meio aberto, em face da maior vulnerabilidade do espaço público municipal ao irracionalismo de segmentos da população, sensibilizados pela aguda criminalidade, mas alheios aos meios de efetiva solução da problemática.

3. A não redução do grau de discricionariedade presente no ECA no tocante à execução das medidas socioeducativas pelos gestores do atendimento direto: as diretrizes pedagógicas — um dos principais aspectos da medida socioeducativa — não constam do Projeto de Lei.

4. O aumento do grau de discricionariedade presente no ECA quanto à execução das medidas socioeducativas pelos gestores do atendimento direto: a delegação da definição das faltas disciplinares a cada dirigente de programa de privação de liberdade — manifestamente inconstitucional — rompe completamente com a igualdade entre os cidadãos adolescentes e representa arbítrio inadmissível no Estado Democrático de Direito.

5. O deslocamento de competências normatizadoras que são e devem ser do Congresso Nacional para o âmbito do Poder Executivo: a) A definição das diretrizes pedagógicas das medidas socioeducativas, pela natureza e alta relevância da matéria, deve se dar no Congresso Nacional, única instância legitimada para tanto no Estado de Direito. Por certo que cabe, especialmente ao Conanda e também aos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos de Crianças e Adolescentes, papel de destaque na sua discussão e proposição. Mas a legitimidade para a normatização da matéria — que diz com a vida nacional e com os direitos fundamentais dos adolescentes — é do Legis-

lativo Federal; não se trata de questão “setorial” ou de questão “corporativista”; tampouco se trata de mero detalhamento da legislação, que é completamente omissa sobre a questão; b) Igualmente há de competir ao Legislativo Federal a definição das faltas disciplinares e suas consequências na progressão ou regressão das medidas socioeducativas, já que a matéria diz com o grau de constrição da liberdade do cidadão adolescente.

6. A omissão da faceta punitiva das medidas socioeducativas (reconhecida na Constituição e no ECA), em especial das mais severas delas que são as privativas de liberdade, **vem em detrimento dos interesses individuais de cada adolescente autor de ato infracional e do interesse público.** Porque: a) o reconhecimento expresso da faceta é garantidor do aspecto que a justifica, que é também a responsabilização do adolescente frente a seus atos, superando a idéia erroneamente difundida de impunidade do adolescente autor de ato infracional; b) o posicionamento adotado no projeto favorece a interpretação de que a privação de liberdade do adolescente viria para “proteção” dele, favorecendo ainda a não aplicação das garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da reserva legal, da culpabilidade, etc., representando regressão ao *paradigma menorista*.

Nesse sentido, concluímos que a presente proposta de Projeto de Lei de Execução das Medidas Socioeducativas não constitui avanço ou aperfeiçoamento do Estatuto da Criança e do Adolescente. E propomos que as considerações acima sejam publicizadas, assim com as demais contribuições encaminhadas a esta consulta pública, e debatidas, particularmente com os vários setores da área da infância e juventude, considerando que vivemos o processo de democratização da sociedade brasileira.

Este debate é o início de uma mobilização que poderá subsidiar a elaboração de uma Política Nacional para a criança e adolescente, na qual irá se inscrever a execução das medidas socioeducativas.

São Paulo, 19 de outubro de 2004

Nota

(1) O texto integral do Anteprojeto de Lei para consulta pública pode ser analisado no site: www.presidencia.gov.br/sedh/conanda.

Néia Bueno

Projeto Meninos e Meninas de Rua de São Bernardo do Campo

Rubens Naves
Fundação Abrinq
Cláudio Hortêncio Costa
Crami/Campinas
Valdênia Aparecida Paulino
Cedeca/Sapopemba
Myriam Veras Baptista
Núcleo Criança e Adolescente da PUC-SP
Heloísa Helena Daniel
Fundação Criança de São Bernardo do Campo
Karyna Sposato
Ilanud
Arthur Scatolini Mente
Instituto Âmbor
Maria de Lourdes Trassi Teixeira
Faculdade de Psicologia PUC-SP
Fábio Silvestre da Silva
Cededa/Interlagos
Júlio Lancellotti
Cededa Pe. Ezequiel Ramin
Emílio Garcia Mendez
Presidente da SUR/Argentina e
professor de Criminologia da
Universidade de Buenos Aires
Martha de Toledo Machado
Professora da Faculdade
de Direito/PUC-SP
Itamar B. Gonçalves
Fundação Abrinq

Associação Comunitária
Jardim Nazaré II (SP)
Sílvia Losacco
Núcleo de Criança e
Adolescente da PUC-SP
Thiago Monteiro Pereira
Ilanud
Aline Yamamoto
Ilanud
Círculo de Trabalhadores
Cristãos da Vila Prudente (SP)
Maria de Lourdes Rodrigues
Fundação Abrinq
Programa Social Gotas de Flor com Amor (SP)
Ricardo Moretzshn
Conselho Federal de Psicologia
CROPH - Coordenação Regional das Obras
de Promoção Humana (SP)
Instituto de Reciclagem do Adolescente (SP)
Paulo Afonso Garrido de Paula
Procurador de Justiça e coordenador
do Centro de Apoio Operacional
das Promotorias de Justiça
da Infância e Juventude/SP
Maria da Graça M. Gonçalves
Conselho Regional de Psicologia/SP
Maria Cristina G. Vicentin
Professora da Faculdade
de Psicologia da PUC-SP

Grupo de Trabalho do Conanda



IBCCRIM

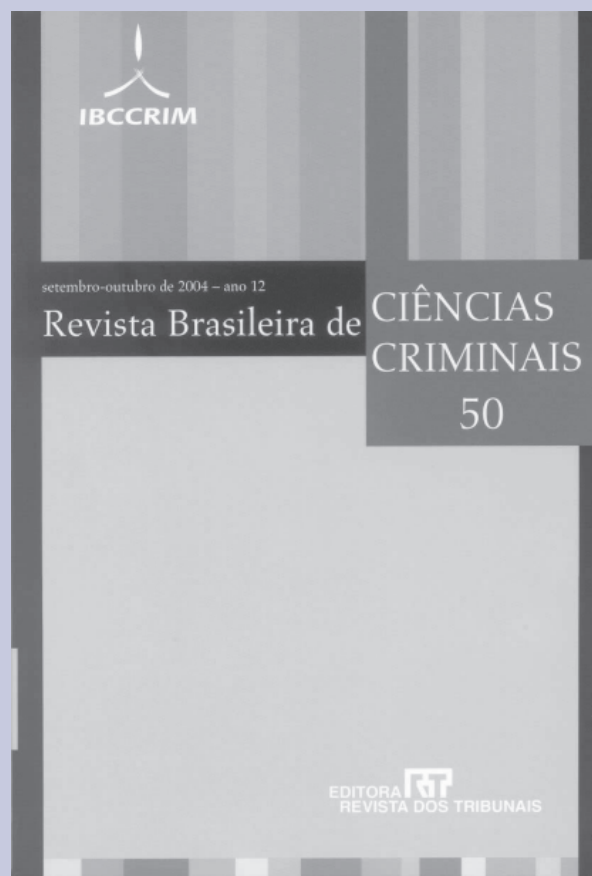
**INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
- IBCCRIM -
(FUNDADO EM 14.10.92)**

DIRETORIA DA GESTÃO 2003/2004

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
- **CEARA**
• **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
- **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
- **PARA**
• **Edmundo Alberto Branco de Oliveira**
E-mail: cestadual.pa1@ibccrim.org.br
- **PARAIBA**
• **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
- **PARANA**
• **Maurício Kuehne**
E-mail: cestadual.pr1@ibccrim.org.br
- **PERNAMBUCO**
• **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

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



IBCCRIM

Renove já a assinatura da
Revista Brasileira de
Ciências Criminais 2005

Ano	2005
Código	006285
Volumes	52 a 57
Preço de Tabela em R\$	480,00
Preço da Coleção c/ 30% de desconto (somente para associados do IBCCRIM)	336,00
Volume avulso	86,00

017005

**Índice CD Rom
Revista IBCCRIM**

Vol.00/45

40,00

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

EDITORIA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

INTERCEPTAÇÃO DAS CORRESPONDÊNCIAS DE PRESOS: CRÍTICAS AOS PROJETOS DE LEI DO SENADO N^{os} 11 E 19 DE 2004

Felipe Lima de Almeida

Felipe Lima de Almeida

INTERCEPTAÇÃO DAS CORRESPONDÊNCIAS DE PRESOS: CRÍTICAS AOS PROJETOS DE LEI DO SENADO...

É cediço que muito já se discutiu, desde a promulgação da Constituição da República em 5 de outubro de 1988, quanto ao caráter absoluto ou relativo dos direitos e garantias fundamentais, principalmente aqueles previstos em seu art. 5^o, em especial no inciso XII, relativo à inviolabilidade da correspondência epistolar para fins de investigação e instrução processual penal, tida até então como absoluta.

Certo é que a doutrina sempre se dividiu entre a inadmissibilidade da violação de correspondência e a sua possível relativização, valendo-se para tanto dos mais diversos argumentos, tais como: ponderação de interesses, direito individual coletivo, proporcionalidade, etc.⁽¹⁾

A Lei n^o 7.210/84, diploma legislativo recepcionado pela nova ordem constitucional, em seu art. 3^o dispõe que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, e seu art. 40 determina que as autoridades devem respeitar a integridade física e moral dos condenados, sendo elencados no art. 41 alguns direitos assegurados aos presos, entre os quais, no inciso XV, o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita.

No entanto, o parágrafo único desse mesmo artigo, igualmente recepcionado, preceitua que os direitos previstos no inciso XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

É de se ressaltar que não vislumbramos em tal dispositivo nenhuma incompatibilidade com a Constituição da República, visto que os verbos ali empregados — suspender e restringir —, lexicamente analisados, significam respectivamente: *ato de suspender, interromper temporariamente*⁽²⁾; e, *estreitar, limitar, diminuir, abster-se*⁽³⁾. Não fazendo, portanto, nenhuma correlação com a interceptação das correspondências dos presos, mas sim com a suspensão ou restrição das mesmas, diante de situação excepcional, por ato motivado do diretor do estabelecimento, cuida o aludido dispositivo de bem jurídico diverso, qual seja, o contato com o mundo exterior, estabelecendo ali restrições e não permitindo a violação da correspondência.

Com pesar entendemos, *data maxima venia*, que a interpretação extensiva do disposto no parágrafo único do art. 41 da Lei de Execuções Penais - LEP, com o escopo de atingir outro direito — a inviolabilidade de correspondência, tal como foi o voto do eminente ministro **Celso de Mello**, quando do julgamento do fatídico HC n^o 70.814/SP — apresenta-se inadequada e

principalmente ilegal, inclusive caracterizando o tipo penal existente no art. 151, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

Verifica-se, diante do permissivo legal expresso da Lei de Execuções Penais - LEP, uma forma preventiva de se evitar quaisquer ilicitudes que possam vir a ser praticadas por meio de comunicação epistolar, sem haver, portanto, necessidade de violentar as garantias individuais asseguradas pela Constituição, como fez o Pretório Excelso, o qual, *permissa venia*, deveria ser o seu guardião e não o algoz.

Assim, havendo indícios de uma possível maquinação de práticas ilícitas por intermédio de correspondência, esta pode ser suspensa ou restringida, prevenindo suposta realização criminosa, sem, contudo, abrir precedentes a uma devassa na intimidade daqueles que já sofrem a maior das reprimendas, a corporal!

Não obstante, mister ressaltar a existência de dois Projetos de Lei do Senado (PLS) que hoje tramitam perante o Congresso Nacional: um de autoria do senador **Rodolpho Tourinho** do PFL/BA (PLS n^o 11/2004), que visa alterar o art. 41 da Lei n^o 7.210/84 (LEP), prevenindo a interceptação de correspondência de presos condenados ou provisórios para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal; e outro de autoria do Senador Gerson Camata do PMDB/ES (PLS n^o 19/2004), que tem a pretensão de alterar o art. 233 do Código de Processo Penal - CPP, para igualmente permitir a interceptação de correspondência de presos condenados ou provisórios.

É certo que, com o PLS n^o 11 de 2004, o art. 41 da LEP passaria a vigor acrescido do seguinte § 2^o: *“A correspondência de presos condenados ou provisórios, a ser remetida ou recebida, poderá ser interceptada e analisada para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, e seu conteúdo será mantido sob sigilo, sob pena de responsabilização penal nos termos do art. 10, parte final, da Lei n^o 9.296, de 24 de julho de 1996”*, renumerando o parágrafo único como § 1^o.

Na justificativa do seu projeto, o senador **Rodolpho Tourinho** limita-se a mencionar a única decisão do STF (HC n^o 70.814/SP) que permitiu a interceptação de correspondência de presos e sua utilização no processo penal com fundamento em razões de segurança pública, e argumenta a necessidade da alteração legislativa, embasado nos *“casos notórios da gestão dos tráficos de drogas e de armas a partir dos complexos de Bangu, no Rio de Janeiro, as incursões extramuros do Primeiro Comando da Capital, em São Paulo, e, mais recente-*

mente, as orientações para o tráfico internacional de drogas dadas por um dos maiores traficantes do País, Fernandinho Beira-Mar, a partir da suposta mais segura penitenciária em território brasileiro, a Presidente Bernardes, no interior de São Paulo”.

Ademais, o ilustre senador aduz, ainda, que *“os direitos individuais esculpidos no inciso XII do art. 5^o da Constituição Federal não são absolutos”*, dizendo que *“a Constituição Federal, ao prescrever o direito do indivíduo de não ter a sua correspondência violada, tinha por objetivo proteger o cidadão de bem”*.

Conclui sua inusitada justificativa com a célebre assertiva, digna daqueles que exercem a função legisferante de nossa nação: *“o presente projeto de lei vem para suprir uma lacuna em nossa lei infraconstitucional que não deve mais persistir, pois a sociedade clama por respostas eficazes por parte do Estado, cada vez mais acuado diante do avanço do crime e de estados paralelos”*.

No que tange ao PLS n^o 19/2004, a pretensão é de alterar o artigo 233 do CPP, para permitir a interceptação de correspondência de presos condenados ou provisórios para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, legitimando tal prova. Sendo certo que, o senador **Gerson Camata** em justificativa, limita-se a repetir *ipsis litteris* a argumentação utilizada pelo seu colega parlamentar senador **Rodolpho Tourinho**, reportando-se aos mesmos motivos.

É preciso observar que os senhores senadores expõem tais fatos ocorridos, como se tivessem sido perpetrados através de comunicação epistolar e, ainda por cima, pela sua forma regular (envio postal). Ora, é muita inocência, ou não, imaginar que o dito traficante, enaltecido pelos senhores senadores, tenha se comunicado com o exterior ou com seus asseclas, através de uma mera carta particular, um simples pedaço de papel, sujeito a exame grafotécnico, ou até mesmo apreensão, face à disposição do art. 41, parágrafo único, da LEP.

Necessário se faz alertar os referidos parlamentares sobre os meios modernos de comunicação existentes na atualidade, tais como: celulares (inclusive os modelos *Iridium* que suportam os bloqueios existentes em determinadas unidades prisionais), *Internet*, e principalmente aparelhos de telefone móveis que operam em frequência de rádio, o que torna mais difíceis as interceptações da polícia.

No tocante ao argumento de não serem absolutos os direitos esculpidos no inciso XII do art. 50 da Constituição Federal, não obstante o que outrora fora esposado, entendemos realmente não serem absolutos, ➡

visto que a própria Lei Maior permite a sua relativização nos arts. 136, §1º, I, *be c*, e 139, III, e, como sabemos, o que é absoluto não aceita exceções. Contudo, isso não significa dizer que uma determinação judicial ou mesmo uma norma infraconstitucional possa vir ampliar tais exceções, que, inclusive, devem ser interpretadas restritivamente, sob pena de se violar as regras mais básicas de hermenêutica.

Em suma, acreditamos veementemente que tais projetos não devam prosperar ao depararem-se com as Comissões de Constituição e Justiça de cada Casa Legislativa, visto que, em ambos, existe flagrante inconstitucionalidade material, afrontando a Carta Magna no âmago de seus direitos e garantias fundamentais. Em todo o caso, estaria unicamente nas mãos do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, íntimo das lutas democráticas durante os negros anos de ditadura, a possibilidade de se sensibilizar ou até mesmo se indignar com os mencionados projetos, lançando, então, mão do controle político preventivo de constitucionalidade através do veto, segundo art. 66, § 1º, da Constituição Federal e impedindo que eles se transformem em leis. Caso contrário, estaremos sujeitos ao dissabor de enfrentar o Supremo Tribunal Federal, que já manifestou sua posição desde 1994 e que irá realizar o controle de constitucionalidade jurídico repressivo das possíveis leis.

A guisa de conclusão, não podemos negar que, freqüentemente, durante nossa diária leitura de jornais ou assistindo aos tradicionais noticiários noturnos na televisão, nos deparamos com cenas de internos em unidades prisionais, amotinados ou rebelados, no teto dos ditos estabelecimentos, com os rostos quase sempre cobertos pelas camisas, empunhando armas de fogo ou artefatos artesanais igualmente letais. Isso quando não ostentam explosivos de grande poder de destruição, mostrando, para as lentes das câmeras dos jornalistas, funcionários atemorizados, que utilizam como reféns, sendo estes surrados e, algumas vezes, mortos.

Os “cidadãos de bem”, como disseram os ilustres senadores, no conforto de seus lares praguejam algumas palavras de repúdio, demonstrando instantânea indignação, pregam a pena de morte, defendem a lei de talão e obtêm assunto suficiente para o momento do cafezinho no intervalo do trabalho, ou para a roda de amigos no bar após o expediente.

Enquanto isso, nós, operadores do direito — principalmente aqueles que militam no *front* da execução penal — na maioria das vezes reconhecemos a legitimidade das reivindicações daqueles desprovidos de liberdade, visto que, em grande parte das conturbadas ocorrências, os clamores dos presos são uníssonos e pleiteiam o óbvio: o mínimo de respeito e cumprimento de seus

direitos mais básicos assegurados por lei.

Ocorre que, muitas vezes por despreparo e incúria de seus próprios líderes, acabam os presos por reverterem-se ao seu próprio substrato, utilizando as únicas coisas que puderam aprender com as chances que lhes foram oferecidas pela vida: terror e violência, protagonizando o *show* grotesco e nefando que a população tanto verbera.

Entretanto, esta não é a consequência mais perigosa, muito embora a mídia e o clamor público fomentem o pior; o perigo está em Brasília, no Congresso Nacional, onde os representantes do povo e os representantes dos Estados-membros mais uma vez irão exercer a desenfreada atividade legisferante precipitada e despreparada, dando uma resposta aos anseios das redes de televisão e da população, com vistas a mais uma eleição que se aproxima, aproveitando a excelente oportunidade de autopromoção.

Pelo que parece, se nada for feito, mais uma lei feita às pressas, visando uma resposta rápida à sociedade, teremos em breve, como tantas outras *aberratio iuris* que temos em vigência, elaboradas muitas vezes por alguém que nunca as estudou.

Desta vez não será o Abílio Diniz nem o Medina, também não será a Glória Peres, e talvez também não seja a quantidade exacerbada de armas nas mãos da população. Mas isso não importa, vamos criar crimes, aumentar as penas, rasgar a Constituição mais uma vez, e vamos violentar os direitos e garantias que os próprios parlamentares dizem ter lutado por mais de vinte anos para tê-los de volta (ou será que não?).

Termino aqui meu escrito, mas não minha indignação, ficando com as palavras do insigne professor **Fernando da Costa Tourinho Filho**: “É preferível que o criminoso fique impune a se permitir o desrespeito à Lei Maior”⁽¹⁾. ☺

Notas

- (1) No sentido do caráter absoluto dos direitos e garantias individuais: **José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, Fernando da Costa Tourinho Filho, Julio Fabbrini Mirabete, Rogério Lauria Tucci** e outros. Em sentido contrário, pela relativização: **Alexandre de Moraes, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Flávio Gomes, Damásio E. de Jesus, Fernando Capez** e outros.
- (2) **XIMENES, Sérgio**. *Dicionário da Língua Portuguesa*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 563.
- (3) **TERSARIOL, Alpheu**. *Dicionário Brasileiro*, 2ª ed., Erechim: Edelbra, 1997, p. 373.
- (4) **TOURINHO FILHO, Fernando da Costa**. *Processo Penal*, vol. 1, 23ª ed., Saraiva: São Paulo, 2001, p. 59.

Felipe Lima de Almeida

Bacharelado em Direito e monitor de Direito Penal na Universidade Estácio de Sá

Felipe Lima de Almeida

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

— ESPÍRITO SANTO

- Ministério Público do Estado do Espírito Santo

— GOIÁS

- Associação Goiana do Ministério Público
- Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - (Asmego)

— MARANHÃO

- Associação dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Maranhão

— MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul
- 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
- 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
- Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

Lançamentos RT



cód. 002644

Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial

Doutrina e Jurisprudência

Coordenação: Alberto Silva Franco e Rui Stoco

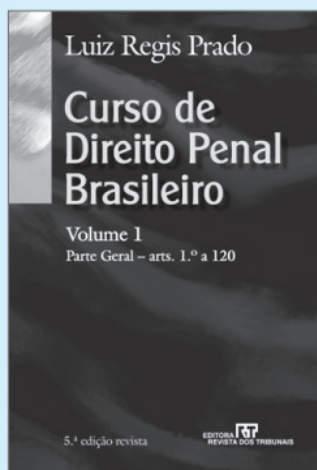
2.ª edição em 5 volumes • 9.248 páginas

acompanha CD-ROM contendo

- ✓ Estrutura da obra
- ✓ Índice Sistemático completo dos 5 volumes
- ✓ Legislação: Código de Processo Penal, Constituição Federal e leis extravagantes constantes da obra

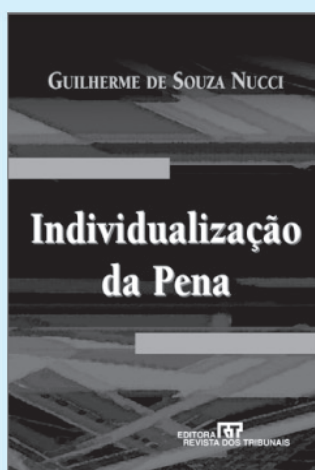


- vol. 1. Parte Constitucional
- vol. 2. Parte Processual Penal (arts. 1.º a 250)
- vol. 3. Parte Processual Penal (arts. 251 a 393)
- vol. 4. Parte Processual Penal (arts. 394 a 667)
- vol. 5. Parte Processual Penal (arts. 668 a 811)



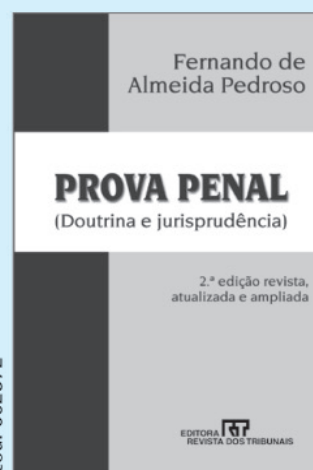
cód. 002637

860 páginas
capa flexível



cód. 002642

432 páginas
brochura



cód. 002572

190 páginas
brochura

**livraria
RT**

www.livrariart.com.br

Atendimento ao consumidor
0800 702 2433

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