

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

EDITORIAL

A REFORMA DO JUDICIÁRIO

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais não se apresenta atualmente apenas como entidade de fomento ao estudo e divulgação das ciências criminais. Seu espectro de abrangência é mais dilargado, mercê da posição de destaque que alcançou perante os operadores do Direito. Neste instante de sua consolidação como essencial ao estudo fenomênico da ciência do Direito, busca expressar o pensamento, a vontade e os anseios dos seus associados, que representem pequena mas significativa amostra da sociedade organizada, em seus diversos matizes e seguimentos do estrato social. Como interlocutor há de expressar e fazer propagar esses sentimentos, de modo que sua reverberação possa sensibilizar e influenciar.

Vivemos atualmente um momento de comoção social com o prenúncio de reformas estruturais na organização do Estado. Caminham rapidamente, lado a lado, a reforma da Previdência Social e a reforma tributária, que se afirmam essenciais para que o País volte a ter um crescimento sustentado. Contudo, a reforma do Poder Judiciário, que se iniciou há dez anos, não recebeu dos novos governantes e parlamentares o mesmo regime de urgência, fato que traz grande preocupação. Não se desconhece que a Justiça brasileira, por razões endógenas e exógenas, vem perdendo a capacidade de dar resposta rápida, imediata e eficiente aos conflitos sociais e às pretensões injustamente resistidas. Sofre de um estado de quase anomia, na medida em que a Carta Magna afirma princípios e assegura direitos de forma ideal, que, entretanto, não se logra implementar. Cabe advertir que não basta ter direitos; é preciso poder exercê-los. Como lembrou **Norberto Bobbio**⁽¹⁾, “o problema grave de nosso tempo, em relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. E essa proteção exige um Judiciário eficaz.

Mas o Judiciário não faz a lei. Apenas a interpreta e a aplica. Depende, portanto, dos demais poderes para ter em suas mãos instrumental adequado e eficiente para o exercício independente do seu mister. Impunha-se, desde há muito, por à sua disposição instrumentos hábeis que permitissem dar a cada um o que é seu com celeridade, pois a justiça tardia é simples arremedo. E a crise do Poder Judiciário reflete e irradia efeitos nefastos não só aos jurisdicionados, como e principalmente aos demais Poderes da República.

Não obstante, foram anos de trabalho intenso e louvável, pois a proposta de reforma do Judiciário tramitou no Senado Federal por longos dez anos. Após estudos, idas e vindas durante oito anos a PEC nº 29, de 30.06.2000 aglutinou as demais propostas de emendas e foi lida no Plenário do Senado Federal em 30.06.2000. Foi amplamente discutida em sessões memoráveis da Comissão de Constituição e Justiça. Mas, no limiar de um novo governo, quando o projeto estava pronto para ser votado naquele

Plenário, foi retirado de pauta na sessão de 11.12.2002. Atualmente, sob a relatoria do senador **José Jorge**, foram designadas datas até 05.09.2003 para realizar audiências públicas com autoridades convidadas, prevendo-se a apresentação de novo relatório em 17.09.2003. Voltou-se à “estaca zero”, com a possibilidade de apresentação de substitutivo, perdendo-se tanto quanto havia sido conquistado em termos de estudos, debates e aprimoramentos ao longo de uma década.

Aproveitando as palavras de **Bernardo Cabral**, anterior relator da Reforma do Judiciário, quando afirmou que “a gravidade da crise do Poder Judiciário não mais se compadece com soluções cosméticas”⁽²⁾, impõe-se expressar a preocupação de todos e reiterar a necessidade de ampla e profunda reforma, não para discutir direitos e garantias individuais dos integrantes das carreiras jurídicas, que melhor se postam em sua Lei Orgânica, mas para reformar a estrutura do Poder e encontrar os remédios processuais necessários — e não meros ungüentos perfumados — para por cobro à lentidão, ao formalismo e à falta de efetividade e força das próprias decisões.

Apenas para exemplificar, a trama recursal excessiva no âmbito civil mantém na fila de espera do Distribuidor Judicial de São Paulo cerca de 400.000 processos. Esse volume é tão absurdo que se criou um critério de prioridade: a idade de um dos interessados, a indicar que tão cedo os processos que chegam aos tribunais de São Paulo não serão distribuídos, menos ainda julgados. O ministro **Francisco Rezek** advertiu: “*Há no Direito brasileiro dois vícios graves pedindo, já faz tempo, remédio urgente. Nossas regras de processo, antes de tudo, parecem não querer que o processo termine. Os recursos possíveis são muitos e pouca gente hoje crê que isso ajude mesmo a apurar melhor a verdade para melhor fazer justiça*”⁽³⁾. A prescrição da pena ou da pretensão punitiva é hoje fator de impunidade, por força da lentidão endêmica e crônica do Poder Judiciário.

O IBCCRIM confia em que nossas autoridades, preocupadas com a situação socioeconômica do País, ampliem essa preocupação para a proteção dos excluídos, dos desamparados e dos hipossuficientes e torne efetivo — e não mera regra programática — o princípio constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV), pois as leis hão de ser amostras de comportamentos que traduzem a consciência social de uma era. (D)

Notas

- (1) **BOBBIO, Norberto**. *A Era dos Direitos*, p. 25.
- (2) *Diário do Senado Federal* de 21 de novembro de 2002, p. 22.339.
- (3) **REZEK, Francisco**. “Juiz da Corte Internacional de Justiça em Haia”, in: *Folha de S. Paulo – Tendências/ Debates*, ed. de 15.11.98, pp. 1-3.

IBCCRIM

Índice

EDITORIAL:

A REFORMA DO JUDICIÁRIO

PAGAMENTO E PARCELAMENTO NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS: A NOVA DISCIPLINA DA LEI Nº 10.684/03

Heloisa Estellita

ESBOÇO SOBRE A IMPORTÂNCIA DA TORTURA

Sérgio Mazina Martins

FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO - ANÁLISE CRÍTICA DA LEI Nº 10.628/02

Kathya Feres e Leila Hassem

MANUAL DEL BUEN ABOLICIONISTA

Alberto Bovino

O CONSELHO TUTELAR E O ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

Murillo José Digiacomo

AS REFORMAS DO JUDICIÁRIO

Sérgio Renault

LEGISLAÇÃO:

LEI Nº 10.714/03 E LEI Nº 10.713/03

MESA DE ESTUDOS E DEBATES: “DROGAS E POLÍTICA CRIMINAL”

Mariângela G. de Magalhães Gomes e Maria Thereza R. de Assis Moura

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NA REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

Hidemberg Alves da Frota

Caderno de Jurisprudência

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: USOS E ABUSOS JURÍDICOS DA SEXUALIDADE FEMININA: COMENTÁRIOS SOBRE

“ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA”

Carmen Hein de Campos

O DIREITO POR QUEM O FAZ: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TRANSAÇÃO PENAL E CONCURSO DE CRIME

730

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

732

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

733

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

734

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

735

TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL

736

As idas e vindas do legislador em matéria de efeitos do pagamento e do parcelamento sobre a punibilidade nos crimes tributários já não é novidade. Desde 1990, para não adentrarmos em demasia no “túnel do tempo”, assistimos a cinco mudanças de orientação legislativa na matéria.

A disciplina da extinção da punibilidade pelo pagamento da Lei nº 8.137/90 suprimida no ano seguinte (Lei nº 8.383), retomada em 1995 (Lei nº 9.249), alterada parcialmente em 2000 (Lei nº 9.983)⁽¹⁾, retoma agora renovado fôlego com a nova disciplina inaugurada pelo art. 9º da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003.

Os efeitos do parcelamento sobre a punibilidade, por seu turno, têm uma história mais tortuosa. Sob a égide da disciplina do art. 34 da Lei nº 9.249/95, seus efeitos foram interpretados diferentemente pelas diversas Cortes de Justiça brasileiras, sendo célebres as divergências de posicionamento entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça e, dentro deste, entre suas Quinta e Sexta Turmas (divergência esta encerrada tão-somente com o julgamento do RHC nº 11.598/SC pela Terceira Seção do STJ). Mas a melindrosa história dos efeitos do parcelamento sobre a punibilidade nos crimes tributários não se resume à interpretação do artigo antes mencionado; em 2000, a Lei nº 9.964, ao criar o Programa de Recuperação Fiscal - Refis, instituiu uma “causa de suspensão da punibilidade” nos crimes tributários para as empresas que aderissem ao programa antes do recebimento da denúncia. Ao cabo do pagamento da última parcela do referido parcelamento, extinta estaria a punibilidade (art. 15).

Pois bem, em maio passado, uma nova norma passa a reger os efeitos do pagamento e do parcelamento sobre a punibilidade dos crimes tributários — aparentemente, um “Novo Refis” ou “Refis II”, como tem sido chamado —, o art. 9º da Lei nº 10.684, *verbis*:

“Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o

pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”.

De saída, importante destacar uma profunda mudança na nova disciplina como um todo: o marco temporal do recebimento da denúncia é suprimido como limite para os efeitos sobre a punibilidade (suspensão ou extinção) do parcelamento ou do pagamento. Não há mais marco temporal.

Uma análise preliminar da nova disciplina impõe uma abordagem separada em dois tópicos: a) efeitos do parcelamento sobre a punibilidade; b) efeitos do pagamento sobre a punibilidade. Isto porque, adiantando um pouco o quanto a seguir se explicita, entendemos que a nova disciplina é mais abrangente do que um simples “novo Refis”, e sob os dois aspectos: do pagamento e do parcelamento.

Iniciemos com o parcelamento. Primeiramente, a inclusão em regime de parcelamento implica na suspensão da pretensão punitiva pelo período respectivo. O legislador foi mais sábio aqui do que na disciplina anterior (da Lei nº 9.964/00) pois, desta vez, referiu-se a quase todos os crimes tributários existentes no nosso ordenamento⁽²⁾. Mas mais que isto, o *caput* do art. 9º cria uma disciplina *geral* para os efeitos penais do parcelamento, ou seja, esta disciplina, em nosso entender, aplica-se a qualquer parcelamento, previsto por qualquer lei, em qualquer esfera (federal, estadual e municipal). A esta conclusão se chega, especialmente, através da comparação entre o atual texto e aquele do *caput* do art. 15 da Lei nº 9.944/00 que limitava a suspensão da pretensão punitiva àqueles casos nos quais a pessoa jurídica estivesse “*incluída no Refis*” e desde que a inclusão “*no Programa*” ocorresse antes do recebimento da denúncia; isto é, o legislador de 2000 expressamente limitava os efeitos jurídico-penais do parcelamento *àquele* parcelamento por ele denominado *Refis* ou *Programa de Recuperação Fiscal*, criado e disciplinado por aquela específica lei. O mesmo não foi feito na nova disciplina que amplia os efeitos jurídico-penais do parcelamento a qualquer “regime de parcelamento”, não importa se criado pela própria Lei nº 10.684 ou por outras; não importa se federal, estadual ou municipal.

Em síntese: deferido o parcelamento suspenção está a punibilidade nos crimes tributários, não importando o momento no qual se encontra a investigação ou o processo penal. Obviamente, por ser mais benéfica, retroage atingindo todos os cidadãos que se encontrem nessa situação, não importando igualmente o estágio processual (art. 5º, XL, CF, art. 2º, CP).

Uma observação importante relativa a um dos crimes de maior incidência prática que é o previsto no art. 168-A, §1º, inc. I, do CP: a Lei nº 10.684 não autorizou o parcelamento dos débitos junto ao INSS oriundos de contribuições sociais devidas pelo empregado,

descontadas e recolhidas pelo empregador. Ou seja, nestes casos, a aplicação da nova disciplina jurídica do parcelamento está afastada, mas, note-se que não por óbice oriundo da disciplina penal, mas, sim, da própria disciplina tributária que vedou o parcelamento desses débitos. Nada impede que, na esfera tributária, se discuta a questão (tributária, frise-se) sob o ponto de vista da quebra do princípio da igualdade (art. 150, II, CF) caso em que, havendo sucesso e sendo deferido o parcelamento, aplicar-se-á *in continenti* a disciplina penal sob comento.

Quanto aos efeitos do pagamento, uma leitura apressada, feita sob a ótica da disciplina do antigo Refis, do novo § 2º do art. 9º poderia levar à crença de se tratar de norma que faz referência ao momento final do parcelamento, ou seja, que o final do parcelamento, implicando em pagamento, levaria à extinção da punibilidade. Sim, o entendimento está correto, mas o dispositivo diz mais que isso. Em nosso entender, o dispositivo pode perfeitamente ser interpretado de forma a permitir que *sempre que houver pagamento*, independentemente de ser o momento final do parcelamento, extinta estará a punibilidade e, agora, sem limite temporal, isto é, sem que o recebimento da denúncia inviabilize o efeito jurídico-penal do pagamento integral do tributo.

Essa interpretação se assenta em dois fundamentos. Primeiro deles: na disciplina anterior (do Refis), o § 3º expressamente atrelava a extinção da punibilidade ao pagamento das parcelas do parcelamento, *verbis*: “*Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste arti-*

Tal qual ocorre relativamente ao parcelamento, a nova disciplina dos efeitos jurídico-penais do pagamento, por ser mais benéfica, retroage atingindo todos os cidadãos que se encontrem nesta situação, não importando, igualmente, o estágio processual (art. 5º, XL, CF, art. 2º, CP).

→ go quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, **que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal**" (grifamos). A nova disciplina é bem diferente sob este aspecto, confira-se: "Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios" (art. 9º, § 2º). O segundo deles reside na questão da igualdade: se o agente pode, a qualquer momento, parcelar o débito, suspendendo a punibilidade que, ao cabo do parcelamento, será extinta, com maior razão a mesma extinção deve atingir aquele que opta por, num só ato, pagar integralmente o débito.

Tal qual ocorre relativamente ao parcelamento, a nova disciplina dos efeitos jurídico-penais do pagamento, por ser mais benéfica, retroage atingindo todos os cidadãos que se encontrem nesta situação, não importando, igualmente, o estágio processual (art. 5º, XL, CF, art. 2º, CP).

A título de remate, é importante ressaltar que, embora críticas possam ser sempre feitas aos efeitos penais do pagamento e do parcelamento nos crimes tributários (desde sua legitimidade até o questionamento acerca de sua moralidade), verdade é que com esta nova disciplina se supera a quebra instituída pelos artigos 168-A e 337-A em 2000 e se retorna a um salutar tratamento harmônico, nesta matéria⁽³⁾, para os crimes tributários. 

Notas

- (1) Fazemos referência aos artigos 168-A e 337-A do CP que, respectivamente, em seus §§ 2º e 3º, no primeiro caso, e 1º e 2º, no segundo, criaram uma inadmissível disciplina casuística para as hipóteses de "apropriação indébita previdenciária" e "sonegação de contribuição previdenciária", como se válido fosse o tratamento diferenciado (mais gravoso nestes casos) em função da espécie tributária objeto do delito (cf. nosso: "Crimes previdenciários: arts. 168-A e 337-A do CP - Aspectos gerais". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 36, out-dez/01, pp. 309-350).
- (2) O que reforça a tese por nós defendida de que todos estes crimes têm por objeto de tutela o mesmo bem jurídico e, daí, a impossibilidade, repita-se, de tratamento diferenciado em função tão-somente da espécie tributária objeto do crime em concreto. A afirmação de que a referência se fez a "quase" todos crimes tributários fica por conta da indevida omissão do crime de descaminho (art. 334, CP) que, tal qual os mencionados, protege igualmente o mesmo bem jurídico e, assim, deve ser objeto do mesmo "regime jurídico" aplicável aos demais crimes tributários.
- (3) Fica em aberto, ainda, a inadmissível diferença entre as penas previstas para as condutas idênticas previstas nos arts. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 e 168-A, § 1º, I, do CP, com base tão-somente na espécie tributária objeto da conduta, o que, sob o ponto de vista constitucional, é insustentável.

Heloisa Estellita

Doutoranda em Direito Penal (USP),
coordenadora de Internet do **IBCCRIM**
e assessora de ministro (STF)

Heloisa Estellita



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:

Olga Espinoza Mavila

BOLETIM:

Celso Eduardo Faria Coracini

CURSOS:

Janaína C. Paschoal

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Henrique Righi Ivahi Badaró

INTERNET:

Heloisa Estellita

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Ana Lúcia Sabadell

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Theodomiro Dias Neto

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Alvino Augusto de Sá

PÓS-GRADUAÇÃO:

Renato de Mello Jorge Silveira

REDES INTERNACIONAIS:

Ana Sofia Schmidt de Oliveira

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 Silvia de

Moraes Barros

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Theodomiro
Dias Neto



IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
9º Seminário Internacional
30 de setembro a 03 de outubro de 2003 - Maksoud Plaza Hotel - São Paulo - Brasil

Estamos na segunda fase de inscrição para o **9º Seminário Internacional do IBCCRIM**, e as vagas estão se esgotando. Não perca a oportunidade de participar do evento que conta com a presença de renomados juristas nacionais e internacionais.

Garanta sua vaga!

Informações e programa no [site: www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br) ou diretamente na seção de Comunicação e Eventos no telefone (11) 3105-4607 ramal 153 ou 144, ou ainda pelo e-mail: eventos@ibccrim.org.br

“— *Aqui não há direito. Escutem. Nenhum direito. Quem foi grande esqueça-se disto. Aqui não há grandes. Tudo igual. Os que têm protetores ficam lá fora. Atenção. Vocês não vêm corrigir-se, estão ouvindo? Não vêm corrigir-se: vêm morrer.*” ⁽¹⁾

Todos sabemos que a tortura, em si mesma, não é uma invenção recente. Desde os primórdios encontramos dados que, se não podem afirmá-la, bastam todavia para sua suspeita. Crânios cerrados, cérebros extirpados, ossos raspados ou carbonizados sugerem, obviamente dentre outras hipóteses, a possibilidade de um padecimento especialmente imposto ao homem revelado pela paleoarqueologia. Adiante, no Neolítico, encontramos traços mais vivos da tortura. Os tupinambás, por exemplo, eventualmente expunham seus prisioneiros ao escárnio antes de executá-los festivamente, no que podemos ver uma certa degradação social. Mas é na Antiguidade que temos a tortura como prática cotidiana, novamente entre prisioneiros, antecedendo ou acompanhando sua execução capital, tão mais dolorosa para estrangeiros, escravos, plebeus e todos que estivessem, de algum modo, destituídos de sua humanidade.

No curso do Medievo, em certo sentido, a tortura mudou. Afinal tornou-se instrumento de investigação. Um conjunto de saberes inerentes ao inquérito. Passaram a escrever sobre ela, seus prodígios, métodos e delicadas técnicas. Não é correto dizer que fosse um meio de chegar à verdade. O iluminista Verri ligou uma coisa à outra e logo viu que a tortura não descobria verdade alguma. Era mais um meio de *vestir* uma certa verdade, formalizando-a, procedimentalizando-a. Desde então, a verdade produzida pela tortura passou a ser uma verdade que, embora inconsistente e equívoca como toda e qualquer verdade, era porém, e definitivamente, uma verdade irrespondível.

Mas transformar a tortura em um *saber*, como queriam os inquisidores, era também desintegrá-la. A tortura nunca teve suficientes mistérios para constituir um saber ou, sequer, para apresentar-se como algo sobre o que se possa minimamente pensar. Ela ainda teria, é certo, uma última escrita: o *suplício* representou, na modernidade, seu epílogo. Mas já então a encontramos acabrunhada, constrangida, ruborizada. Ela aqui já se justifica, procura explicar-se, propõe até o salvamento da alma do torturado. Mas logo o povo farta-se dela e vira-lhe o rosto. Desde o *suplício*, que aliás é o ângulo de inversão de nossa história, a tortura transformou-se inteiramente. Concede-se que ela resistiu ainda por um certo saudosismo. O século XIX a encontrou em espaços cada vez mais restritos: alguns escravos fugitivos; alguns criminosos mais estúpidos; alguns loucos mais furiosos foram seus últimos circunstantes.

Essa tortura, de que até aqui falamos, já não existe senão entre povos distantes e pouco conhecidos, pontuada escassamente ao redor do planeta. Vez por outra ainda temos a notícia de alguma mulher que, na África subsaariana, foi condenada ao apedrejamento. Mas podemos dizer que essa tortura, que acompanha o homem desde antes da escrita, enquanto *discurso do Estado* praticamente desapareceu com o século XIX. Embora ocorresse com várias facetas, ela tinha porém uma única natureza: era, em uma palavra, *ritualística*. E, como ritual, ela era um fenômeno puramente antropológico, festivo, às vezes mesmo espetacular. Concentrava em si algo comemorativo, quase mesmo alegre. Ela não tinha como ser senão *ostensiva e pública*, praticada portanto *às claras*, à luz do dia, no calor do sol. Mas sobretudo regulada, disciplinária, tão ordenada que quase a poderíamos ter como *normal*. Ela, por assim dizer, *fazia parte das coisas*. O direito não apenas a tolerava, mas realmente a criava paternalmente, como se fosse uma filha formosa.

Surgiu, em seu lugar, uma *nova* tortura que, de resto, é aquela com que hoje lidamos. Impossível pontuar a passagem de uma para outra. Talvez em um instante qualquer da erupção do movimento social europeu, ali, na esquina dos séculos XIX e XX. Entre nós, porém, já a encontramos graúda e debutante no Estado Novo de Vargas, atingindo pessoas disparees como **Graciliano Ramos** e **Olga Prestes**. Mas também a encontramos aqui, neste dia de hoje, no isolamento alienante de um certo *regime disciplinar diferenciado* que se noticia ocorrer nos presídios paulistas. Essa não é outra tortura que não aquela que também se cometia pouco antes, na ditadura militar, com sumiços de corpos ou com relatórios policiais que pateticamente insistiam — insistem ainda! — em *suicídios* confusos. É também a tortura empreendida por grupelhos paramilitares, com suas execuções funestas que, não se sabe como, desaparecem dos noticiários tão rapidamente como surgiram, sem mais dizer. Mas não é apenas brasileira, pois é também a tortura que se faz agora em Guantánamo, ou na Palestina e também por aí afora, sem parar, sem ceder, sem bastar.

O que há de comum a todas essas manifestações da *nova* tortura? Podemos designar essa *nova* tortura — a *nossa* tortura — como a *tortura sub-reptícia*. Contrariamente à primeira, que era ritual, a tortura é agora praticada às escondidas, nos subterrâneos da história, na presença de poucos, em segredo de Estado. Sua grande diferença é que, contrariamente à anterior, ela agora é cometida *fora do direito*. Não está amparada ou regulada por ele. É oficialmente desconhecida ou mesmo negada pelo direito, seus agentes e porta-vozes. Não inscreve provas e, sobre ela, simplesmente nada consta nos repertórios da oficialidade. Está lá, certamente. Todos o sabem e as negativas são meramente protocolares. Ela

tem registros, fotografias e arquivos, mas não se sabe onde estão e quem os guarda. Um dia, afinal, esses registros espatifam-se em milhares de cacos, sob mãos privadas de herdeiros, netos, bisnetos e confidentes, a ponto de não haver mais como reuni-los ou resgatá-los. E tudo porque essa tortura — invenção do século XIX que o século XX tratou de acabar — está inteiramente *fora da normalidade* e não tem como se inserir nela. É filha, ainda, mas filha vergonhosa.

As perguntas que essa *nova* tortura nos coloca podem ser assim formuladas: como ela *acontece* e quais os mecanismos que a produzem? Realmente, não são perguntas fáceis. Nada mais diverso que a Colônia de Dois Rios, na Ilha Grande de 1936, o Presídio de Presidente Bernardes de 2003 e os cadáveres insepultos das ditaduras militares latino-americanas dos anos 60 e 70. Que traço apagado é esse que liga geografias longevas e climas contrastantes?

Um primeiro esboço sobre isso há de levar em conta a natureza mesma dessa *nova* tortura. Ela marca mais que um mero espaço *fora do direito*. Mais que isso, ela propriamente serve para mostrar que *o direito realmente não é para todos*, ou ainda, que qualquer um de nós pode, em circunstâncias mais ou menos imprecisas, ser excluído do direito e isolado dele, sem que nada venha nos socorrer. O torturado, melhor que ninguém, conhece precisamente essa situação de isolamento em que ele é inserido pelo torturador. Essa tortura, aliás tão diferente daquela outra milenar e ritual, passou a existir exatamente porque essa *nova* mensagem passou a ser importante e necessária. Toda vez que, historicamente, pelos motivos e circunstâncias as mais diversas, surge o reclamo da universalização do direito, inevitavelmente aparece também o reclamo da tortura para contrapor-se àquele e, afinal, observar que as coisas não são assim tão universais como se pensava. E isso porque o direito, tal como o praticamos e pese suas promessas, não nasceu para ser e não tem como ser uma experiência realmente universal: ele existe para alguns, às vezes até para vários, mas nunca rigorosamente para todos. A tortura, nesse sentido, integra um núcleo essencial do direito contemporâneo que, sem ela, não teria como subsistir na pós-Ilustração. Ela é, por assim dizer, o braço armado de um gigantesco corpo retórico constituído pelo próprio direito, pelo menos tal como o praticamos e tal como o conhecemos a partir da vaga promessa de universalidade que o século XVIII havia *precipitadamente* formulado.

Quando circunstâncias históricas específicas lançam o *rigido* da universalização do direito, torna-se então crucial detê-lo e a tortura surge como o meio ótimo de fazê-lo. É o que ocorria na gigantesca reestruturação social da Era Vargas, quando forças populares, forças ingênuas e até forças messiânicas insistiam na universalização de uma nova ordem jurídica,

ordem esta que o capitalismo ali apressadamente esboçava. As novas relações econômicas desse momento histórico, mais complexas que as de uma sociedade simplesmente agrária, pediam novos modelos jurídicos que, hoje sabemos, em momento algum se destinavam à experiência da universalidade. Mecanismo semelhante voltou a atuar no Brasil de 1968-1969, quando o capitalismo, agora já internacionalizado e mais sofisticado, igualmente postulava estruturas jurídicas mais complexas e cristalizadas que, porém e como antes, não podiam ser disseminadas igualitariamente na população. É também, ainda entre nós, o que está acontecendo precisamente agora, quando a ordem formalmente democrática de 1988 ameaça, *presunçosamente*, espalhar-se mais igualitariamente sobre os chamados *segmentos sociais perigosos*, para os quais — como todos bem o sabemos — ela originariamente não foi instituída. Daí, contra essa *ameaça* de igualdade, surge então a resposta apenas aparentemente gratuita desses pavorosos regimes diferenciados; dessas medidas ilegais de isolamento e alienação de presos e até de líderes de trabalhadores rurais; o renascimento e a proliferação de grupos de extermínio; as improvisações arbitrárias estranhamente inventadas ou propostas por intelectuais que ainda ontem se apresentavam como democratas ostensivos e combatentes.

Ao lançarmos os olhos para o plano externo, voltamos a encontrar mecanismos semelhantes. Assim, e por exemplo, foi reveladora a decisão de negar aos prisioneiros de Guantánamo qualquer acesso aos tribunais norte-americanos. É, mais uma vez, a formatação histórica da tortura como forma de denegação da universalidade do direito, gerando autênticas *ilhas* em que o direito simplesmente *não vale* para dados segmentos da humanidade. Trata-se de estabelecer, mais ou menos arbitrariamente, contingentes inteiros de pessoas, cabendo à tortura, então, a tarefa de coisificá-las e conscientizá-las do isolamento imenso que as espera.

Tanto no plano interno quanto externo — e isso também é importante —, a implantação da tortura pressupõe a criação de um *ambiente de guerra*, diante do qual as expectativas de universalização possam ser justificadamente postergadas pela *aparente urgência da razão bélica*. É por isso que se abriu *guerra aos liberais* no tempo de Vargas; é por isso que se abriu *guerra ao comunismo* nas ditaduras militares latino-americanas; é por isso que, agora, governantes e partidos políticos brasileiros abrem *guerra à criminalidade*; é por isso que, no plano externo, pretende-se um permanente estado de *guerra ao terrorismo* islâmico

por conta de 11 de setembro. Obviamente, nenhuma dessas situações tem a mínima conformação de uma guerra, sequer em sentido figurado. Mas, de todo modo, a retórica guerreira — e, o que é pior, a *própria ética guerreira* — são fundamentais para criar uma falsa confrontação com forças inimaginavelmente perigosas. Sem isso, não há como afrontar a universalidade, ou fazer com que pessoas, facções e até nações inteiras possam ser facilmente excluídas de uma totalidade antes solenemente prometida, e então relegadas a uma condição marginal em face do direito. A tortura é, portanto, a forma mais afirmativa e acabada de novamente remeter esses grupos incômodos ao *imenso nada normativo* do qual, segundo a voz dominante, eles nunca deveriam ter desejado sair.

Em todas essas situações, e também em tantas outras, é sempre o mesmo contexto e, nele, a tortura surge como um freio excelente para essa pulverização da igualdade jurídica, fazendo-o ao insistir que essa igualdade decididamente não existe. A tortura serve, assim, exatamente para impedir a igualização jurídica da sociedade. Nesse sentido, embora negada pelo direito, a tortura torna-se *especialmente cara ao direito*: sem ela, o direito teria que se prestar a uma igualdade material para a qual, na sua conformação liberal, ele não se encontra especialmente vocacionado. O papel da tortura é, portanto, o de firmar a existência de um *pedaço do poder fora do direito* e, desse modo, instituir a fragmentariedade real do direito. Mas não nos enganemos, pois a tortura vem sempre do núcleo do poder e constitui, pese a ingenuidade grotesca de alguns de seus operadores, uma parcela inseparável do direito tal como nos dispomos a praticá-lo atualmente. Não nos enganemos, porque a tortura, na contemporaneidade, não é simplesmente um equívoco paralelo ao direito: é precisamente o seu sopro e constitui a forma mais acabada de sua alma. ☐

Nota

- (1) Discurso de recepção feito por um guarda prisional da Colônia Correcional de Dois Rios, em Ilha Grande, ao grupo de prisioneiros composto também por **Graciliano Ramos** (*Memórias do Cárcere*, Rio de Janeiro: Editora Record, Ediciones Altaya, s. d., v. II, 3ª parte, n° 12, p. 69).

Sérgio Mazina Martins

Diretor do IBCCRIM, membro do Conselho de Administração da Associação Juizes para a Democracia e professor de Direito Penal

2º CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL

Dando continuidade aos trabalhos iniciados no 1º Fórum Latino Americano (Ribeirão Preto – 2002), que estabeleceu a Rede Internacional de Política Criminal Alternativa, a *Universidad Nacional Autónoma de México* e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais realizarão, no período de 15 a 17 de outubro de 2003, na Cidade do México, o 2º CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL.

Informações através do tel: (55) 5623-1648, com Augusto Sanches, ou através do nosso site: www.ibccrim.org.br.



IBCCRIM

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

Sérgio Mazina Martins

COORDENADOR-CHEFE:
Celso Eduardo Faria Coracini

COORDENADORES ADJUNTOS:
Carlos Alberto Pires Mendes,
Fernanda Emy Matsuda,
Fernanda Velloso Teixeira e
Luis Fernando Silveira Beraldo

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:
Ameruso Artes Gráficas
Tel. (11) 6215-3596
Fax (11) 6591-3999
E-mail: ameruso@mgnet.com.br

IMPRESSÃO:
Ativa/M - Tel. (11) 3277-9181

“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

A Lei nº 10.628, de 26 de dezembro de 2002, que é consequência do Projeto de Lei nº 6.295/02, de autoria do deputado federal **Bonifácio de Andrada**, alterou substancialmente o art. 84 do CPP, atualizando o seu caput e nele inserindo dois parágrafos que, após sua entrada em vigor, passaram a assim dispor:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa aos atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º. A ação de improbidade administrativa, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.”

A intenção do legislador ordinário é *ictu oculi*, perceptível com a simples leitura do diploma legal acima transcrito.

Realmente, intentou-se restabelecer a outrora cancelada Súmula nº 394 do STF, que assim dispunha: *“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”*, assegurando-se aos ex-agentes públicos que se vêem processados por atos de improbidade administrativa o foro especial por prerrogativa de função.

Ressalta-se que, antes do advento da recente legislação, o Pretório Excelso já havia se manifestado a respeito da supracitada Súmula, decidindo, por unanimidade de votos, cancelá-la em sessão plenária realizada em 9 de setembro de 1999.

Nas razões de seu ato, cujo voto condutor foi proferido pelo min. relator **Sydney Sanchez**, temos assim consignado: *“Mas não se pode negar, por outro lado, que são eles trabalhosíssimos, exigindo dos relatores que atuem como verdadeiros juízes de primeiro grau, à busca de uma instrução que propicie as garantias que justificaram a Súmula nº 394. Penso que, a esta altura, se deva chegar a uma solução oposta a ela, ao menos como um primeiro passo da Corte para se aliviar das competências não expressas na Constituição, mas que ela própria se atribuiu, ao interpretá-la ampliativamente e, às vezes, até, generosamente, sem paralelo no Direito comparado. Se não se chegar a esse entendimento, dia virá em que o tribunal não terá condições de cuidar das competências explícitas com o mínimo de eficiência, de eficácia e de celeridade, que se deve exigir das deci-*

sões de uma Suprema Corte. Os riscos, para a Nação, disso decorrente, não podem ser subestimados e, a meu ver, hão de ser levados em grande conta, no presente julgamento.”⁽¹⁾

Destarte, entendeu o Pretório Excelso que: *“O art. 102, I, b, da CF — que estabelece a competência do STF para processar e julgar originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios ministros e o procurador-geral da República — não alcança aquelas pessoas que não mais exerçam mandato ou cargo”*⁽²⁾.

Desta forma, com a revogação da referida Súmula, cujos efeitos foram *ex nunc*, isto é, não retroativos, o foro privilegiado por prerrogativa de função deixou de persistir após cessada sua razão de ser, ou seja, superado o período do mandato ou do exercício do cargo público, aquele que era seu detentor passaria a ser julgado perante o órgão de primeira instância.

O certo é que tal situação foi modificada, tornando lei o que era entendimento jurisprudencial já ultrapassado há quase um quinquênio.

A legalização do foro privilegiado após a cessação do cargo ou função pública de seu exercente não está sendo aceita pacificamente pela comunidade jurídica; ao contrário, inúmeros doutrinadores têm se manifestado pela sua inconstitucionalidade — em que pese existirem opiniões não menos importantes, em sentido contrário.

Realmente, preleciona o nobre jurista **Damásio de Jesus**: *“A luz da Constituição Federal de 1988, afigura-se inconstitucional a outorga de foro especial a ex-ocupantes de cargo ou função pública. Violam-se o regime democrático e o princípio da igualdade, pois com a cessação do exercício funcional o agente se equipara ao cidadão comum”*.

Caminhando em sentido oposto, sustenta o culto processualista **Fernando da Costa Tourinho Filho**, em excelente artigo publicado recentemente que *“se a Lei Maior atribuiu ao Supremo Tribunal Federal e a outros Tribunais competência para processar e julgar determinadas pessoas, em razão do cargo, evidente que a competência pelos crimes cometidos no exercício do cargo não pode ser alterada post facto”*⁽³⁾.

Argumenta nesse sentido, com base no princípio do juiz natural, consagrado pelo Poder Constituinte Originário que, no art. 5º, XXXVII, dispõe ser competente para o processo e julgamento de alguém o juiz pré-estabelecido pela CF, Constituição Estadual ou Lei Organização Judiciária, antes da prática da infração, de tal sorte que o acusado já saiba, de antemão, quem será o responsável por conduzir o seu processo.

Não obstante a argumentação acima exposta, corroboramos do raciocínio esposado pelo culto penalista e professor **Damásio de Jesus**.

O certo é que o foro por prerrogativa de função visa proteger ao cargo e não a pessoa

que momentaneamente o exerce, pois caso contrário estaríamos diante de um verdadeiro foro privilegiado, o que é expressamente vedado pelo texto constitucional, nada justificando que permaneça tal benesse após cessado o exercício da atividade funcional.

Finalizamos com o festejado professor **Hugo Nigro Mazzilli**, para quem, *“em suma, a Lei nº 10.628/02 é apenas mais uma atitude própria da cultura de privilégios que infelizmente tem sido freqüente em nosso País, pois os administradores e parlamentares não se conformam em ser processados, mesmo na área cível e ainda que depois de terem deixado os cargos, perante os mesmos juízes que julgam os demais brasileiros. Em suma, quiseram o administrador e os parlamentares repriminar a Súmula nº 394/STF; aliás, com tardança revogada, a qual permitia que o foro penal por prerrogativa de função continuasse a existir... mesmo que não mais existisse função alguma... E quiseram ainda mais, ou seja, estabelecer agora também foro cível por prerrogativa de função, ainda que também não exista função alguma...”*.

Polêmica maior, entretanto, encontra-se no § 2º da lei que, contrariando opinião pacífica doutrinária e jurisprudencial, estendeu o foro por prerrogativa de função aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, mesmo após o término do mandato eletivo ou do exercício do cargo público, ampliando a competência, prevista taxativamente na Magna Carta, dos Tribunais Superiores, violando, destarte, frontalmente, o texto constitucional.

Indubitável é que a modificadora legislação desencadeou verdadeira celeuma entre os juristas, fazendo surgir duas correntes acerca da abrangência às ações civis públicas por atos de improbidade administrativa do foro privilegiado por prerrogativa de função.

O respeitável professor **Fernando da Costa Tourinho Filho**, em seu trabalho já mencionado, sustenta que deve ser realizada uma interpretação extensiva da nova lei, de forma a abranger as causas de natureza cível, decorrentes de condutas praticadas no exercício do cargo, fazendo uma crítica aos juristas que alegam que, se o julgamento ficasse afeto aos tribunais, haveria impunidade, pois isso equivaleria a dizer que os órgãos de primeiro grau são mais aptos a desempenhar a função jurisdicional do que os tribunais.

Por outro lado, uma parcela significativa daqueles que já se manifestaram sobre o tema aqui abordado opina pela flagrante inconstitucionalidade do atual § 2º do art. 84 do CPP.

Já o professor **Hugo Nigro Mazzilli** pondera que se deve subdividir a competência para o julgamento das ações por ato de improbidade administrativa, fundada na Lei Federal nº 8.429/92, em duas vertentes: aquelas que visam a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos deverão ser propostas no foro competente para os crimes de responsabi-

→ lidade, desde que, é claro, haja forma própria de investidura e destituição prevista na CF; já para aquelas cujo pedido seja relacionado somente à defesa do Erário, a competência deve permanecer com os juízes de primeiro grau.

Oportuno ressaltar, ainda, que a expressiva parcela dos Ministérios Públicos estaduais expediu recomendação, sem caráter normativo, aos seus promotores de Justiça para que argúam, nos processos em que atuam, a inconstitucionalidade do § 2º do atual art. 84 do CPP, a fim de possibilitar o prequestionamento da matéria, dando ensejo à interposição de recurso extraordinário.

Após tecer essas considerações, sustentamos pela inconstitucionalidade da nova legislação, pelas razões a seguir trazidas à lume.

Em primeiro lugar, a competência dos Tribunais Superiores previstas na CF somente pode ser alterada ou ampliada por meio de Emenda Constitucional, jamais por lei ordinária, que exige *quorum* simples de aprovação, uma vez que o rol das competências dos tribunais está arrolado no texto constitucional de forma taxativa em *numerus clausus*, não admitindo, sequer, interpretação extensiva, como o STF, em inúmeras oportunidades, já se manifestou.

Vem à baila notar que, procedendo como fez, o legislador ordinário, ao criar esse precedente, incorreu em sério risco de subverter a hierarquia da ordem jurídica brasileira, com verdadeira usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, concedida pelo Poder Constituinte Originário, em inquestionável afronta ao Estado Democrático de Direito consagrado em 1988.

Em segundo lugar, as ações por ato de improbidade administrativa possuem natureza jurídica eminentemente civil, conforme se depreende do art. 37, § 4º, da CF, que, ao tratar do tema, expressamente consigna que “*os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”.

Destarte, fica claro, apenas com a leitura do texto constitucional, que as ações por atos de improbidade administrativa possuem natureza jurídica civil, tanto que o constituinte ressalva que as sanções a que estão sujeitos seus agentes não impedem a propositura da ação penal cabível.

A equiparação dos atos de improbidade administrativa a crimes comuns, realizada pelo legislador ordinário que regulamentou sua competência no CPP, caracteriza verdadeira inversão da intenção manifestada pelo legislador constituinte.

Vislumbra-se, assim, que por qualquer ângulo em que se aprecie, o § 2º do art. 84 da Lei nº 10.628/02 é, flagrantemente inconstitucional, devendo a Suprema Corte isso reconhecer, *incontinenti*.

Urge destacar que já no dia seguinte à entrada em vigor da lei ora analisada — 27.12.2002 —, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — CONAMP ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão liminar de eficácia dos §§ 1º e 2º, do art. 84 do CPP.

Na exordial, sustentou-se que “...o legislador ordinário arvorou-se em Poder Constituinte e acrescentou mais uma competência originária ao rol exaustivo de competências de cada tribunal, além de arvorar-se, desastradamente, em intérprete maior da Constituição” (4).

Prossegue a petição inicial, dispondo, com razão, que a competência originária dos tribunais superiores, em especial, aquela que diz respeito ao processo e julgamento de crimes comuns e de responsabilidade dos detentores de mandato ou função pública é fixada no texto constitucional, em rol taxativo, *numerus clausus*, não podendo uma lei ordinária conceder aquilo que a Magna Carta não concedeu.

Para a concessão liminar pleiteada, invocou-se que “a remessa imediata para os tribunais de milhares de ações em andamento perante a Justiça de primeira instância, em virtude da vigência de ambos os parágrafos impugnados é conseqüência desastrosa, principalmente quando se está defronte a uma inconstitucionalidade flagrante” (5).

O relator sorteado, ministro Sepúlveda Pertence, decidiu por indeferir o pedido de liminar, por entender inexistir o requisito do *periculum in mora*, fazendo com que a discussão a respeito da inconstitucionalidade permaneça em aberto, aguardando uma decisão definitiva do Excelso Pretório.

Ressalta-se que a pacificação da matéria não deverá demorar a vir, uma vez que a questão está sendo suscitada, *incidenter tantum*, perante os tribunais locais, o que fará com que, inevitavelmente, manifeste-se a Suprema Corte, via recurso extraordinário.

De fato, recentemente, e apenas à guisa de exemplo do que acima foi dito, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do recurso de agravo de instrumento de nº 313.238-5/1-00, decidiu pela inconstitucionalidade do § 2º do art. 84, da Lei nº 10.628/02, sustentando que: “a Lei Federal nº 10.628/02 não encontra fundamento na CF/88. O art. 37, § 4º, da Magna Carta trata da suspensão dos

direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao Erário, para os atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível. A ação proposta tem natureza eminentemente civil, não obstante possa ser ajuizada a competente ação penal.”

Inevitavelmente, é claro, até que o Supremo Tribunal Federal pacifique a matéria, pelo menos sob o enfoque da jurisprudência, dúvidas irão surgir, fazendo com que haja um retardamento na tramitação dos inquéritos e processos já em andamento e dos que porventura venham a ser propostos nesse ínterim.

Após as considerações expendidas, encerramos este trabalho lamentando a elaboração de mais uma lei feita com o nítido intuito de beneficiar aqueles que foram eleitos para representar os anseios populares, golpeando o texto constitucional e o Estado Democrático de Direito, constituindo-se a norma legal, dada a data de sua sanção — 24.12.2002 — um perverso presente de Natal para a sociedade brasileira. (6)

Bibliografia

DAMÁSIO, Jesus E. de. “Foro por prerrogativa de função” São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, fev. 2003. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm.

MAZZILLI, Hugo Nigro. “O Foro por Prerrogativa de Função e a Lei nº 10.628/02”. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2003. Disponível em: www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. “Da competência pela prerrogativa de função”. São Paulo: RT 809/397.

Notas

(1) STF — Pleno — Inquérito nº 687/SP — questão de ordem — rel. min. Sydney Sanches.

(2) *Idem*.

(3) RT 809/397.

(4) ADIn 2797.

(5) *Idem*.

Kathya Feres e Leila Hassem
Advogadas em São Paulo.

CURSO

A Escola Paulista da Magistratura realizará nos dias 29 e 30 de setembro o curso “Do Juiz Racional ao Juiz Razoável”, ministrado pela dra. Ana Maria Messuti de Zabala.

As inscrições poderão ser feitas até o dia 24 de setembro de 2003, na secretaria da Escola Paulista de Magistratura - Rua da Consolação, 1.483 - 2º andar, das 10h às 16h00.

Informações sobre a programação através do site: www.ibccrim.org.br

Vagas Limitadas!

*“El guerrero lleva armadura, el amante flores.
Están equipados de acuerdo con las
expectativas de lo que va a pasar,
y sus equipos aumentan las posibilidades
de realización de esas expectativas.
Lo mismo sucede con el Derecho Penal.”*
(Nils Christie, *Las Imágenes del
Hombre en el Derecho Penal Moderno*)

Un comerciante entrega un cheque a un proveedor, no deposita los fondos y, ante la notificación del acreedor, no paga la deuda. Dos amigos violan a una mujer en una calle oscura. Una chica le regala un “papel” a su novio.

Tres historias tres actos distintos. ¿Cuál es el hilo que permite unirlos, a pesar de que a simple vista son tan diversos uno del otro? Un penalista diría que en todos estos casos las conductas se adecuan a un tipo penal, y, si le preguntáramos por qué cada una de estas conductas está descrita en un tipo penal, diría, probablemente, que se trata de comportamientos que alteran gravemente el orden social. Un abolicionista, en cambio, diría que estas tres historias no tienen nada en común, que la única circunstancia que permite relacionarlas es que han sido arbitrariamente definidas por la ley para ligarlas a una respuesta punitiva. Así, el abolicionista no vincula estos hechos por algún contenido o significado que pueda portar el hecho en sí, sino por la consecuencia que la ley impone frente a ellos. La sanción penal, entonces, es una respuesta contingente, no necesaria frente a un hecho definido en el texto legal. Nada tienen en común comportamientos tales como matar a otro, librar un cheque sin fondos, causar una lesión en el cuerpo, casarse ilegalmente, desbaratar derechos acordados, etcétera, etcétera, etcétera.

Si intentáramos insistir con aquello, de que se trata de conductas que alteran gravemente el orden social, el abolicionista nos respondería que ello no es así, ya que aun partiendo del catálogo axiológico reflejado en el Código Penal, no es cierto que se define como delito a los hechos más graves. Si así fuera, se criminalizarían comportamientos relacionados, por ejemplo, con el daño ecológico, con la manipulación genética y con la utilización de energía nuclear. Además, la investigación empírica — llevada a cabo generalmente en países desarrollados — ha señalado con claridad que la selección que el sistema penal realiza de los comportamientos a criminalizar, casi no tiene en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho. Aceptado este punto de partida, es evidente que el delito “no existe” más allá de la definición legal, esto es, que el delito no tiene existencia ontológica, sino que se trata sólo de un problema de definiciones. Nada hay en el comportamiento mismo que permi-

ta vincularlo con la respuesta punitiva. Sólo una decisión política, tan discutible como cualquier otra. Estas definiciones presentan dos niveles diferentes. En un primer nivel, la definición en abstracto, en el texto legal, de un comportamiento como merecedor de una sanción penal (criminalización primaria) y, en un segundo nivel, la definición del comportamiento de un individuo concreto como delictivo (criminalización secundaria).

El buen abolicionista construye, desde este punto de partida, una propuesta alternativa a la política criminal, y no una política criminal alternativa. El buen abolicionista, que existe en la misma medida en que existe el delito, es aquel que tiene como objeto de estudio el sistema penal, y como objetivo, la destrucción de su objeto de estudio. Y este ánimo de eliminar su objeto de estudio es la única circunstancia que lo define. Pensar que el abolicionismo es una teoría coherente, sistemática y acabada es incurrir en un error. Hay tantos fundamentos y desarrollos a favor de la abolición del sistema de Justicia Penal como abolicionistas hay en este mundo. Pero en este manual intentaremos dibujar un buen abolicionista ideal.

La primera nota distintiva de nuestro abolicionista es el uso irreverente de toda herramienta teórica que permita poner en cuestión las supuestas bondades del sistema de justicia penal. Y al hablar de “sistema penal” se está haciendo referencia a la Justicia Penal tal como ésta existe en nuestros días, esto es, a los órganos burocráticos y especializados del estado, extraños a la situación que pretenden resolver, que intervienen coactivamente a través de procedimientos formalizados para dar una respuesta punitiva conminada por las leyes, independientemente de la voluntad de la víctima. Por otra parte, la utilización del término “sistema penal” sólo pretende incluir a todos los órganos e instituciones que de alguna manera intervienen en los procesos de criminalización (Poder Legislativo, Policía, jueces, fiscales, servicio penitenciario, etcétera), y no indicar que se trata de un sistema racional controlado o coherente. Por el contrario, en realidad, los distintos segmentos que lo componen no comparten objetivos comunes, trabajan aisladamente y no tienen entre sí sino una referencia global a la ley penal y a la cosmología represiva, lo que constituye un vínculo demasiado vago para garantizar una acción concertada. Además, estas diferencias y conflictos también se presentan en el interior de cada uno de los segmentos. Todo ello permite afirmar que se trata de un aglomerado de instituciones en constante pugna entre sí que se torna difícil de manejar y controlar, que una vez puesto a andar, marcha por sí

solo y nadie sabe muy bien hacia donde.

El buen abolicionista, entonces, utiliza todo lo que se ponga a su alcance para desarrollar su “estrategia de persuasión” especialmente la criminología de derivación sociológica y en particular aquella “crítica”. La utilización de estas herramientas teóricas lo lleva a afirmar que la intervención penal es incapaz para resolver los conflictos y que la consecuencia necesaria de esta intervención es la agravación de los conflictos o bien la producción de un conflicto inexistente. El sistema penal produce el conflicto cuando interviene sin que las personas involucradas en una relación perciban la situación como conflictiva, a través de la persecución pública de los comportamientos criminalizables, dejando totalmente fuera de la escena la voluntad de la supuesta víctima. La intervención penal agrava el estado de las cosas, ya que no está en condiciones de resolver los conflictos de los cuales supuestamente debe hacerse cargo, impidiendo cualquier otra reacción que no sea la punitiva, y agregando, en algunos casos, riesgos que sólo son consecuencia de la prohibición penal (por ejemplo, el riesgo para la salud de la madre por la prohibición del aborto, o los peligros y daños a personas y bienes que derivan del poder económico y militar de los traficantes de sustancias prohibidas). Además la prohibición penal de determinados comportamientos genera la ilusión de que ciertos problemas son resueltos, cuando la realidad demuestra que la intervención penal es absolutamente ineficaz para enfrentarlos (como sucede, por ejemplo, con los delitos de tránsito, primera causa de muerte en nuestro país para la franja etaria de 15 a 50 años).

Respecto a las consecuencias de la intervención penal, el abolicionista tiene para mostrarnos toda la bibliografía, basada en investigaciones empíricas, que muestra la inutilidad de la sanción penal para prevenir el delito. Estas investigaciones señalan que la imposición de una pena sólo sirve para consolidar la imagen de “desviado” que la reacción social impone al individuo criminalizado, generando, en la amplia mayoría de los casos, la iniciación de la carrera criminal. El efecto directo del encierro carcelario es el aumento de las reincidencias.

El sistema de Justicia Penal, agregaría el buen abolicionista, es un problema social en sí mismo y por lo tanto, la abolición de todo el sistema aparece como la única solución adecuada. La actividad punitiva reduce el verdadero problema con el que debe enfrentarse. Si la criminalización no es más que poner una “vestidura de ideas” a ciertas situaciones, es evidente que esta vestidura es sólo una de las opciones posibles para comprender una situación y actuar sobre ella. Lla-

➔ mar a un hecho “delito” es limitar extraordinariamente las posibilidades de comprender lo que sucede y organizar la respuesta, excluyendo desde el principio cualquier otra forma de reacción, para limitarse al estilo punitivo del aparato estatal, dominado por el pensamiento jurídico y ejercido con gran distanciamiento de la realidad por una estructura burocrática rígida.

La definición de un comportamiento como delictivo implica transformar un conflicto entre dos individuos en otro, ahora entre uno de estos individuos y el Estado. En este proceso de redefinición del conflicto, la víctima sale perdiendo dos veces. Primero frente al autor del hecho, y luego frente al Estado, que le expropia su conflicto, sacándola de la escena, para imponer una consecuencia (la pena), que en nada contempla sus intereses concretos. En este punto, nuestro abolicionista nos advertiría acerca del peligro de volver a utilizar el argumento de la venganza privada de la víctima. Esa fue la excusa que legitimó históricamente la intervención del Estado y merece, al menos, dos observaciones. La primera de ellas es que la historia del Derecho Penal muestra cómo la suma de las penas ha causado muchos más males que los propios hechos delictivos que provocaron tales penas. La segunda observación es que, por regla, el delito no origina ninguna venganza privada. Algunas investigaciones muestran, en sentido contrario, que en la mayoría de los casos a la víctima sólo le interesa una reparación del daño, al estilo del derecho privado. La víctima vengadora no es nada más que un estereotipo, de escasa base real, que sirve a la consolidación de las prácticas punitivas del estado.

La lógica del castigo legal implica una visión deformada y reductora de la realidad sobre la que opera. El Derecho Penal observa la realidad desde una perspectiva dicotómica, distingue con claridad entre conceptos siempre opuestos, y no puede ver más allá de una maniquea oposición entre lo bueno y lo malo, lo criminal, el inocente y el culpable. Este carácter binario del derecho penal influye tanto en la evaluación de los actos, como en la de las personas, y esto lo hace una forma jurídica que lleva a un cuadro simplista del hombre y sus actos. Cuanto más se ve al acto como un punto en el tiempo, más se lo simplifica y se lo descontextualiza del proceso de interacción que generalmente lo enmarca, concentrando la atención sólo en los aspectos relevantes para la ley penal. Al clasificar el acto se clasifica también al sujeto, aislando al individuo de todo el contexto social en que se desenvuelve su conducta. La capacitación legal que reciben los principales operadores del sistema de Justicia Penal es un entrenamien-

to para simplificar; que atiende a algunos valores definidos por los sumos sacerdotes del sistema como valores pertinentes, que nuestro abolicionista calificaría de capacitación primitiva.

Hasta aquí una breve descripción de las críticas que el abolicionismo hace al derecho penal. ¿Pero qué diría el buen abolicionista si le preguntamos qué hacer frente al delito? Lo primero que señalaría es que la pregunta está mal formulada, puesto que el concepto “delito” no designa nada.

Luego agregaría, casi con seguridad, que esa pregunta no puede tener una respuesta. Coherente con la crítica que hace al destacar que el derecho penal trata una suma heterogénea de situaciones diversas con una respuesta estereotipada y única, la pena, dirá que no es posible caer en el mismo vicio para ofrecer a cambio otra respuesta estereotipada, que elimine la diversidad de todos aquellos hechos que hoy se califican como delictivos. De cualquier manera, podría ofrecer algunas líneas rectoras para enfrentar ese tipo de situaciones. Lo primordial, nos diría, es devolver el conflicto a quienes les pertenece, esto es, a quienes el Derecho Penal hoy llama autor y víctima.

La voluntad de estos sujetos es lo más importante para decidir qué hacer. Y frente al grito de quienes volverán a recordar a la víctima vengativa o poderosa, nos dirá que las demás ramas del Derecho ofrecen garantías para evitar ciertas soluciones no deseadas. Frente a un incumplimiento contractual el acreedor no puede elegir cualquier opción, por ejemplo, no puede, pedir que el deudor sea encerrado u obligado a pagar cinco veces la suma adeudada. De lo que se trata, en definitiva, es que cualquier instancia estatal que intervenga no tenga poder para imponer a las partes una decisión que ponga fin al conflicto, pero sí que pueda evitar que se impongan ciertas soluciones.

Muchas de las propuestas sólo serían un retorno a los métodos de composición de algunos sistemas jurídicos históricos, tales como el derecho germánico de principios de la Edad Media, que fueron dejados de lado desde que irrumpe la Inquisición y, posteriormente, cuando se consolida ese modelo al ser adoptado

por los nacientes estados nacionales. La composición implica necesariamente la participación de las personas directamente involucradas en el conflicto.

Lo fundamental es reconocer que cada hecho es único y que el enfoque debe variar según las circunstancias que rodean la situación problemática o conflictiva. En este contexto, es evidente la relevancia del modelo de procedimiento para determinar cierto tipo de soluciones. Cualquier marco procesal que se diseñe debe tener en cuenta la capacidad del proceso para determinar el tipo de respuesta, y debe ser imaginado en función de sus posibilidades de permitir la mayor cantidad de respuestas posibles.

Podemos decir, entonces, que abolir el sistema de justicia penal puede ser una paradoja, una utopía, un snobismo central o una moda local. También puede ser un sueño, un proyecto, una descripción nihilista que paralice, o un programa milenario. O una apuesta más de trabajo cotidiano. Que es lo que cree un buen abolicionista. 

Bibliografía

- AA. V V. *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires: Ediar, 1989.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, México: Siglo XXI, 1986.
- CIAFARDINI, Mariano. «El abolicionismo y la 'solución' a la cuestión criminal», en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, 1990, Nro. 1.
- CHRISTIE, Nils. «Los conflictos como pertenencia», en AA. V V., *Delos delitos y de las víctimas*, ed. A cargo de Maier, Julio, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.
- CHRISTIE, Nils. *Los Límites del Dolor*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa*, Barcelona: Ariel, 1984.

Alberto Bovino

Abogado, Universidad de Buenos Aires.
Master in Laws, Columbia University School of Law, profesor de Derecho penal y procesal penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y abogado externo del Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires

VII Concurso IBCCRIM de Monografías Jurídicas

Mantendo sua tradição de incentivar a produção científica, o IBCCRIM declara que a monografia premiada do VII Concurso foi: “*Cultura do Medo – Reflexões sobre Violência Criminal, Controle Social e Cidadania no Brasil*”, de Débora Regina Pastana (mestre e doutoranda pela Faculdade de Ciências e Letras - FCL da Universidade Estadual Paulista - Unesp)

A premiação dar-se-á no encerramento do 9º Seminário internacional do IBCCRIM. Parabéns à vencedora.

Matéria interessante, que vem sendo objeto de certa controvérsia — a meu ver de forma totalmente despropositada —, diz respeito à atuação do Conselho Tutelar em relação aos adolescentes em conflito com a lei, assim entendidos aqueles acusados da prática de condutas descritas pela lei penal como crime ou contravenção.

Temos conhecimento de situações extremas, que vão da atuação sistemática, desde o momento da apreensão (inclusive com o acompanhamento da lavratura do boletim de ocorrência circunstanciado ou auto de apreensão), até a recusa pura e simples em lidar com o jovem, salvo na hipótese de o determinar a autoridade judiciária na forma do disposto no art. 136, inc. VI, da Lei nº 8.069/90.

Bem, em primeiro lugar devemos considerar que, de fato, a única disposição **expressa** do Estatuto da Criança e do Adolescente, referente à intervenção do Conselho Tutelar em relação ao adolescente em conflito com a lei, se encontra em seu citado art. 136, inc. VI, que estabelece, dentre as atribuições do Órgão Tutelar, a de “*providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional*” (*verbis*).

Salta aos olhos, no entanto (*data venia* dos que pensam o contrário), que a atuação do Conselho Tutelar junto a esses jovens não pode ocorrer apenas em tal hipótese, o que acabaria por desvirtuar as próprias características e atribuições do Órgão Tutelar.

Com efeito, se por um lado é certo que o Conselho Tutelar não pode nem deve substituir o papel da Polícia Judiciária, Ministério Público e/ou Juiz da Infância e Juventude no que concerne à **apuração** do ato infracional⁽¹⁾, por outro também não pode depender do destino do procedimento instaurado, para que possa agir.

Devemos lembrar que, por expressa definição do art. 131 da Lei nº 8.069/90, o Conselho Tutelar é órgão **autônomo**, que tem atribuições específicas relacionadas à **defesa dos direitos da criança e do adolescente que estejam de qualquer modo ameaçados ou tenham sido violados** nas hipóteses relacionadas no art. 98 do citado diploma legal (conforme art. 136, inc. I, também do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Nesse contexto, a intervenção do Conselho Tutelar junto ao adolescente em conflito com a lei obviamente não pode ficar condicionada ao encaminhamento do caso pela autoridade judiciária, ao final de um procedimento cujo destino é incerto e cuja tramitação pode ser extremamente morosa.

A atuação do Conselho Tutelar em tais casos deve ocorrer de forma absolutamente **autônoma, independentemente da apuração dos fatos atribuídos ao jovem e da sorte do procedimento**, ficando, é claro, condicionada não à eventual comprovação da autoria e materialidade do ato infracional (tarefa que evidentemente não cabe ao Órgão Tutelar), mas sim à aferição da **presença de situação**

de risco pessoal ou social, *ex vi* do disposto no art. 98 da Lei nº 8.069/90.

E este é o ponto fundamental.

Ao estabelecer ao Conselho Tutelar a atribuição de atender crianças e adolescentes que se encontram em situação de risco pessoal ou social, a Lei nº 8.069/90 **não excepcionou** o atendimento de adolescentes acusados da prática de ato infracional, sendo certo que a presença da situação de risco pode ser determinada **em razão da conduta** do adolescente, *ex vi* do disposto no art. 98, inc. III, da Lei nº 8.069/90.

Note-se não estamos afirmando que **todo** adolescente autor de ato infracional, apenas por esta singela razão, se encontra em situação de risco, mas é lógico que a conduta infracional, notadamente em razão da eventual gravidade do ato praticado ou reiteração de infrações mesmo de natureza leve, deve ser considerada ao menos **indiciária** de que algo está errado com o jovem e/ou sua família; e, como a sistemática estabelecida pelo Estatuto prima pela **prevenção** — com a intervenção protetiva da autoridade competente ante a simples **ameaça** de violação de direitos —, ao menos deve ser a situação pessoal, familiar e social do jovem apurada e avaliada e, uma vez constatada a efetiva presença da situação de risco no caso em concreto, deverá o Conselho Tutelar intervir natural e obrigatoriamente, no estrito cumprimento da citada atribuição prevista no art. 136, inc. I, da Lei nº 8.069/90.

Como dito acima, tendo em vista a **autonomia** do Órgão Tutelar, sua intervenção, se necessária, obviamente deverá ocorrer **paralelamente** ao procedimento judicial eventualmente instaurado para apurar o ato infracional, independentemente de provocação ou autorização da autoridade judiciária competente (embora seja recomendável comunicá-la das providências tomadas e dos eventuais êxitos atingidos, que poderão influenciar na aplicação de medidas socioeducativas e mesmo protetivas ao jovem).

Uma vez que concluímos pela **possibilidade** e em alguns casos até mesmo pela **necessidade** da intervenção do Conselho Tutelar em relação ao adolescente em conflito com a lei o qual, por qualquer razão, se encontra em situação de risco na forma do disposto no art. 98 da Lei nº 8.069/90, resta tecer comentários acerca de algumas situações que vêm acontecendo e que merecem ser objeto de melhor reflexão.

Uma delas diz respeito à exigência, normalmente efetuada pelo Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, de que membros do Conselho Tutelar acompanhem, de forma sistemática, a lavratura pela autoridade policial do auto de apreensão ou boletim de ocorrência circunstanciado de adolescentes apreendidos em flagrante de ato infracional.

Vale registrar que compreendemos o objetivo da medida acima referida, que vem a ser o de garantir a integridade moral e mesmo física do adolescente, protegendo-o contra potenciais abusos cometidos pelos agentes policiais.

Ocorre que, em primeiro lugar, pela própria sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve-se primar em que o adolescente, quando da formalização do ato de sua apreensão e ao longo de todo o procedimento socioeducativo, seja assistido **por seus pais ou responsável** ou, ao menos, como diz o art. 107, *caput*, da Lei nº 8.069/90, por **pessoa por ele indicada**.

Note-se que o dispositivo supra, ao estabelecer que a apreensão do adolescente e o local em que se encontra recolhido serão comunicados *incontinenti*⁽²⁾ à sua família ou à pessoa por ele indicada, quis fosse tal contato realizado de forma **instantânea, sem qualquer demora, automática à apresentação do jovem perante a autoridade policial**, tendo a medida o claro objetivo de permitir a seus pais, responsável ou pessoa por ele indicada o acompanhamento de sua oitiva perante a autoridade policial, e das demais formalidades relacionadas à apreensão.

Como dentre aqueles que devem ser obrigatoriamente comunicados da apreensão do adolescente⁽³⁾, o legislador deixou de incluir o Conselho Tutelar, é lógico concluir não há por que, de forma sistemática, seja ele acionado **sempre** que ocorrer tal apreensão, ficando é claro assegurado **ao adolescente apreendido** o direito de, se assim o desejar, optar pela comunicação ao Conselho Tutelar ou a algum de seus membros com o qual ele, pelas mais diversas razões, mantenha alguma espécie de vínculo.

Coisa alguma impede, porém, que o **próprio Conselho Tutelar**, na perspectiva de garantir a já mencionada integridade moral, psíquica e física de adolescentes apreendidos, **mediante deliberação de sua plenária e prévio acordo com a autoridade policial competente, por iniciativa própria** resolva realizar o referido acompanhamento sistemático, que em tal caso, por óbvio, não irá sobrecarregar a autoridade de, quando da apreensão, comunicá-la, **além** do Órgão Tutelar, aos pais, responsável ou pessoa indicada pelo apreendido.

O que **não se admite** é que semelhante prática seja de qualquer modo **imposta** por **pessoa, órgão ou autoridade estranha ao Conselho Tutelar**, embora possam estes, em sentindo a necessidade, tentar junto ao Órgão Tutelar a **concordância** com a implantação de tal sistemática, haja vista que os mesmos resultados por ela pretendidos poderiam ser perfeitamente obtidos por **outros meios**, notadamente através da **criação, pelo Município, de um programa específico de atendimento psicossocial a adolescentes apreendidos em flagrante de ato infracional**, que ficaria encarregado de acompanhar (mais uma vez sem prejuízo da presença dos pais, responsável ou pessoa indicada pelo jovem), todo o trâmite policial do procedimento, inclusive com a condução do jovem até sua residência, se necessário.

Aqui também vale o registro de que o ato de entrega do adolescente apreendido à sua

➔ família, que pode ser realizado pela própria autoridade policial independentemente de autorização judicial e/ou de assistência do Conselho Tutelar, se encontra expressamente previsto no art. 174 da Lei nº 8.069/90, não se confundindo com a **medida de proteção** do art. 101, inc. I, da Lei nº 8.069/90.

Mesmo se assim o considerássemos, não estaríamos autorizados a concluir que tal previsão legal automaticamente obrigaria o Conselho Tutelar a intervir no caso, pois o fato de o Órgão Tutelar possuir a atribuição de aplicar a medida de “*encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade*” (art. 101, inc. I, da Lei nº 8.069/90 - *verbis*), **não significa** tenha ele próprio de **executar** a medida aplicada, a exemplo do que ocorre em relação às outras medidas de proteção, que demandam a criação de programas específicos, muitos dos quais irão depender de técnicos especializados⁽⁴⁾.

Foi justamente pensando na impropriedade ou mesmo impossibilidade de o próprio Conselho Tutelar **executar** as medidas, pelo órgão aplicadas, que o legislador lhe atribuiu o **poder de requisição de serviços públicos**, tal qual previsto no art. 136, inc. III, alínea “a”, da Lei nº 8.069/90, **poder** esse que, por óbvio, pode ser exercitado contra as autoridades públicas municipais competentes independentemente de autorização ou ordem outra de quem quer que seja⁽⁵⁾.

Jamais podemos perder de vista que o Conselho Tutelar **não é um “programa de atendimento”**, mas sim é um órgão que, substituindo a função da autoridade judiciária (inclusive com poderes e deveres, a esta assemelhados⁽⁶⁾), fica encarregado de dar o devido **encaminhamento** do caso atendido a tais programas, que o Município, com observância do disposto no art. 227, *caput*, da Constituição Federal e nos arts. 4º, parágrafo único, alíneas “c” e “d”, e 80, inc. I, ambos da Lei nº 8.069/90, está **obrigado** a criar e manter⁽⁷⁾.

Note-se que não estamos pregando — e nem recomendamos isto aconteça — a sistemática interrupção do trabalho de Conselhos Tutelares que estejam adotando (ou por qualquer razão se sintam “obrigados” a adotar), como prática usual, o acompanhamento da lavratura do boletim circunstanciado ou auto de apreensão do adolescente acusado da prática de ato infracional e/ou seu encaminhamento à sua família, mas apenas **sugerindo** que, se necessárias tais providências no cotidiano do Município, melhor seria providenciar a **criação de um programa específico nesse sentido**, o que serviria para retirar do Conselho Tutelar essa incumbência deliberadamente não prevista em lei (e em alguns casos mesmo desnecessária), dando-lhe maiores condições de exercício de suas atribuições, que já são numerosas e de extrema relevância.

Tal programa, uma vez criado, deveria ser composto ou ao menos contar com a assistência/capacitação de técnicos da área social (psicólogos, pedagogos e assistentes sociais), fazendo parte de um programa ainda maior, voltado ao sistemático atendimento ao ado-

lescente em conflito com a lei e sua família desde o momento da apreensão até o término da medida socioeducativa eventualmente aplicada ao final do procedimento, sendo que poderia desde logo detectar a presença de situação de risco a justificar, aí sim e por tal razão, o acionamento do Conselho Tutelar para o desempenho de sua missão legal.

Em não havendo o programa acima referido, a alternativa seria **capacitar a própria autoridade policial** ou pessoa(s) encarregada(s) da Delegacia de Polícia para, através do contato direto com o adolescente e sua família no momento da apreensão, fossem identificados ao menos **indícios** da presença dessa situação de risco, o que poderia ocorrer através das respostas a determinadas perguntas formuladas em um **questionário** impresso elaborado por uma equipe técnica (por exemplo), com o posterior encaminhamento dos casos “suspeitos” ao Conselho Tutelar, sem embargo da possibilidade de ser acertado que o questionário respectivo seria **automaticamente encaminhado** ao próprio Conselho Tutelar⁽⁸⁾, que ficaria então, de preferência através do concurso de uma equipe interprofissional de que deve dispor em sua “retaguarda”, encarregado de avaliar a necessidade ou não de sua intervenção junto ao adolescente e sua família.

Em suma, ao passo que se conclui pela necessidade de o Conselho Tutelar atender os adolescentes em conflito com a lei (e suas respectivas famílias), toda vez que detectada a presença de situação de risco pessoal ou social na forma do disposto no art. 98 da Lei nº 8.069/90, independentemente de autorização e/ou encaminhamento do caso por parte da autoridade judiciária competente, e/ou sorte do procedimento administrativo ou judicial instaurado para apuração do ato infracional e aplicação de medidas socioeducativas, necessário se faz que sejam estabelecidas, de comum acordo entre o Órgão Tutelar e a Polícia Judiciária, **rotinas de atendimento e encaminhamento**, cabendo àquele, inclusive através de gestões junto ao Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente, buscar a **criação de um programa específico para o atendimento de tais situações**, nos moldes do acima exposto.

Evidente que, quando da definição das “rotinas” acima referidas, deverão intervir (em caráter opinativo e consultivo) outros órgãos e/ou autoridades interessadas, no sentido da descoberta da melhor “fórmula” para garantir também o **melhor atendimento** ao qual o jovem faz jus, pois afinal, embora **autônomo**, não é o Conselho Tutelar um órgão que atua isolado, mas sim faz parte de todo um **sistema de garantias**, que deve agir de forma **harmônica e integrada** entre seus diversos componentes, com **respeito e colaboração mútuas**, sempre na busca da melhor forma de tornar efetiva a **proteção integral** de crianças e adolescentes.

E o melhor *forum* para que debates semelhantes sejam travados é, sem dúvida, o Conselho Municipal de Direitos da Criança e do

Adolescente que, embora não tenha qualquer “ascendência” hierárquica⁽⁹⁾ sobre o Conselho Tutelar, tem a vocação natural para promover a aproximação e integração interinstitucional acima preconizadas.

Apenas assim se estará garantindo um atendimento adequado a adolescentes em conflito com a lei, sem prejuízo da autonomia do Conselho Tutelar e do pleno exercício de suas demais atribuições. ●

Notas

- (1) Vale registrar que, mesmo em relação à criança acusada da prática de ato infracional, à qual cabe o Conselho Tutelar atender, na forma do disposto nos arts. 105 e 136, inc. I, da Lei nº 8.069/90, não deve o órgão adotar uma postura “policialista”, no sentido da oitiva de testemunhas do fato ou realização de outras diligências para apurá-lo. Como o objetivo de sua intervenção é a aplicação de **medidas de proteção**, que não possuem caráter coercitivo ou sancionatório, mais do que se empenhar em apurar “autoria” e “materialidade” da infração, deve o Conselho Tutelar verificar a **presença de situação de risco pessoal, familiar ou social**, tal qual disposto no art. 98, incs. I, II e III, do citado diploma legal, e então agir em razão dela, aplicando as medidas dos arts. 101 e 129 também do Estatuto, de acordo com as necessidades de cada caso.
- (2) Interessante observar que o legislador tomou o cuidado de utilizar o termo “*incontinenti*”, em lugar da expressão “imediatamente” utilizado pelo art. 5º, inc. LXII, da Constituição Federal, para evitar a extensão ao adolescente da usual prática, tolerada em relação aos imputáveis, de comunicar a captura em até 24 (vinte e quatro) horas após sua ocorrência.
- (3) Dentre os quais o citado art. 107, *caput*, da Lei nº 8.069/90 também incluiu a “*autoridade judiciária competente*” (*verbis*).
- (4) Como é o caso das medidas de requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico (art. 101, inc. V), inclusão em programa de orientação e tratamento para alcoólatras e toxicômanos (art. 101, inc. VI, da Lei nº 8.069/90, que inclusive decorre de **mandamento constitucional expresso**, insculpido no art. 227, § 3º, inc. VII, da Constituição Federal).
- (5) Vide artigo de minha autoria intitulado “*Conselho Tutelar: Poderes e Deveres Face a Lei nº 8.069/90*”, publicado na revista *Cadernos do Ministério Público* do mês de junho de 2000.
- (6) *Idem* do item supra.
- (7) Vide artigo também de minha autoria intitulado “*Apenas o Conselho Tutelar Não Basta*”, publicado na revista *Cadernos do Ministério Público* do mês de dezembro de 1999.
- (8) Com a ressalva da necessidade de manutenção de tais informações — inclusive da razão da eventual intervenção —, em absoluto sigilo, notadamente face ao disposto nos arts. 143 e 247 da Lei nº 8.069/90.
- (9) Ou mesmo vinculação funcional ou administrativa (pois esta última — e apenas esta última — existe tão-somente com o órgão, secretaria ou departamento municipal encarregado de dar o indispensável suporte financeiro e estrutural ao Conselho Tutelar, *ex vi* do disposto no art. 134, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90).

Murillo José Digiácomo
Promotor de Justiça

A sociedade atual caracteriza-se pela complexidade dos relacionamentos, pela amplitude do desenvolvimento tecnológico, que permite transações e interações em nível global, e pela criação de novos riscos e bens passíveis de proteção pelo direito.

Ao passo em que novos problemas e litígios surgem neste cenário, povoado de bens jurídicos difusos e riscos de dimensões inimagináveis, o Poder Judiciário, instituição com a função típica de solucionar conflitos e distribuir justiça, vê-se desprovido de meios para enfrentar a dinâmica das transformações citadas. A falta de estrutura material, a estrutura burocratizada, e a escassez de recursos tecnológicos, dentre outros fatores, impedem o desenvolvimento institucional deste Poder em direção à regular e eficiente prestação jurisdicional.

Inicia-se, pois, a discussão pela reforma do Judiciário. Como toda discussão de cunho político, o debate sobre o tema aponta a diretriz ideológica de seus participantes. Assim, impossível colocar-se contra ou a favor da reforma do Judiciário. O posicionamento se dá perante qual reforma se propugna, quais alterações são defendidas, e com qual objetivo.

O governo atual criou, em maio deste ano, a Secretaria de Reforma do Judiciário, no âmbito do Ministério da Justiça, demonstrando não só a preocupação em modificar a estrutura do Poder, mas em apontar claramente os princípios que devem balizar tal projeto.

O termo “reforma do Judiciário” trata de diferentes assuntos: a reforma constitucional do Poder Judiciário, a reforma da legislação infra constitucional sobre o tema, e, por fim,

uma série de medidas administrativas, que independem de alteração legislativa, no sentido de garantir instrumentos necessários à qualificação da prestação jurisdicional.

A alteração da Constituição deve ser cautelosa, de maneira a não ferir os princípios do Estado Democrático de Direito, e visando manter a sistemática e a harmonia entre os dispositivos. É importante frisar que o norte das alterações não deve ser apenas a celeridade e a eficiência do Poder Judiciário, o que poderia legitimar propostas como a malsinada súmula vinculante. A idéia é a conjugação do princípio da eficiência com outros, como o amplo acesso à Justiça, a democratização interna dos tribunais e a transparência do Poder. Este método permite a inserção de dispositivos constitucionais interessantes, como é o caso da criação de um órgão de controle externo do Judiciário (composto por magistrados, advogados, promotores e cidadãos com notório saber jurídico), a eleição para o órgão especial dos tribunais, a federalização de crimes contra os direitos humanos, a unificação dos critérios para ingresso na carreira, a imposição de período de “quarentena” para o exercício de advocacia a egressos da magistratura, a atribuição de autonomia às Defensorias Públicas, e outras propostas.

Os mesmos princípios podem reger as alterações infraconstitucionais, sempre respeitando a legalidade e a dignidade humana, como garantias irrenunciáveis e inerentes à qualquer proposta responsável.

Por fim, deve-se salientar a importância da reforma silenciosa do Poder Judiciário, aquela reforma ausente das pautas da mídia, dos discursos políticos e das análises dogmáticas.

Esta reforma consiste na modernização da estrutura do Judiciário, na informatização dos conteúdos e formas procedimentais, na extensão dos serviços às periferias e aos mais afastados rincões do País.

O desenvolvimento de políticas públicas neste sentido é de extrema importância, visto que permite a adequação de uma estrutura institucional aos desafios da modernidade, sem macular princípios ou valores conquistados e previstos no ordenamento pátrio. Podemos citar experiências bem sucedidas nesse sentido, como o Fórum Social, do Tribunal Regional Federal, em que as questões previdenciárias são discutidas de forma inteiramente virtual e digitalizada; ou os Centros de Integração e Cidadania, que disponibilizam aos cidadãos uma gama de serviços, dentre os quais a prestação jurisdicional; e assim por diante. A presença do Estado, na forma do Poder Judiciário, respondendo às demandas e aos anseios da população, certamente contribui para o prestígio das soluções institucionais para os litígios, concretiza a cidadania e, certamente, é política social condizente com a redução da criminalidade, mais eficaz que os instrumentos repressores em moda.

A Secretaria de Reforma do Judiciário pretende, junto com a sociedade civil organizada, trabalhar as três “reformas do Judiciário”, de maneira a contribuir com a democratização do Poder, que nada mais é do que garantir a todos uma Justiça eficiente, transparente, acessível, e, principalmente, justa. ◐

Sérgio Renault

Secretário de Reforma do Judiciário
Ministério da Justiça

LEGISLAÇÃO:

LEI Nº 10.714/2003

Autoriza o Poder Executivo a disponibilizar, em âmbito nacional, número telefônico destinado a atender denúncias de violência contra a mulher.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É o Poder Executivo autorizado a disponibilizar, em âmbito nacional, número telefônico destinado a atender denúncias de violência contra a mulher.

§ 1º O número telefônico mencionado no *caput* deste artigo deverá ser único para todo o País, composto de apenas três dígitos, e de acesso gratuito aos usuários.

§ 2º O serviço de atendimento objeto desta Lei deverá ser operado pelas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher em todo o País, ou, alternativamente, pelas Delegacias da Polícia Civil, nos locais onde não exista tal serviço especializado.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 13 de agosto de 2003;

182º da Independência e 115º da República.

Luiz Inácio Lula da Silva

Márcio Thomaz Bastos

Este texto não substitui o publicado no de 14.8.2003 ◐

LEGISLAÇÃO:

LEI Nº 10.713/2003

Altera artigos da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal – para dispor sobre a emissão anual de atestado de pena a cumprir.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA: Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 41 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XVI:

“Art. 41 ...

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

...” (NR)

Art. 2º O art. 66 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso X:

“Art. 66 ...

X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir.” (NR)

Art. 3º Esta lei entra em vigor noventa dias após sua publicação.

Brasília, 13 de agosto de 2003;

182º da Independência e 115º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Este texto não substitui o publicado no DOU de 14.8.2003 ◐

MESA DE ESTUDOS E DEBATES: “DROGAS E POLÍTICA CRIMINAL”

Mariângela Gama de Magalhães Gomes e Maria Thereza Rocha de Assis Moura

A indagação sobre qual seja a melhor política criminal a ser dispensada aos usuários de substância entorpecente é, há tempos, objeto de discussão e reflexão, não apenas pelos chamados “operadores do Direito”, mas também por representantes de outras áreas do conhecimento, como médicos e sociólogos. Assim, com o objetivo de propiciar novas reflexões acerca dessa importante questão jurídica e social, ocorreu, no dia 24 de julho último, com a presença da médica psiquiatra, professora da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de São Paulo e membro do Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas, **Solange Napo** e da advogada, professora da USP e da USJT, e presidente do Conen, **Janaína Paschoal**, a mesa sobre “*Drogas e Política Criminal*”.

Naquela ocasião, sob o enfoque jurídico-penal, foi suscitada a problemática acerca da legitimidade de se incriminar a conduta de causar mal à própria saúde, uma vez que, segundo a teoria do bem jurídico-penal, é indispensável que a conduta, para importar ao Direito Penal, exceda o âmbito do próprio autor.

Conforme argumentou a dra. **Janaína Paschoal**, para que a conduta possa ser considerada relevante para o direito penal, deve ela ofender um bem jurídico externo à própria pessoa que a pratica, o que não ocorre quando o comportamento proibido consiste em fazer mal à própria saúde — aliás, sob esse mesmo argumento não são reprimidos pelo direito penal o suicídio e a autolesão. Agregou, ainda, que os usuários de substâncias ilícitas, como são postos à margem da legalidade, acabam por ser vítimas de estigmatização, que é aumentada pelas dificuldades encontradas no momento em que procuram ajuda e tratamento.

Esse importante aspecto, atinente às consequências de se criminalizar a utilização de substâncias entorpecentes, foi também evidenciado pela dra. **Solange Napo**, que apresentou pesquisa realizada com 75 mulheres viciadas em *crack* e que, para conseguirem manter o vício, acabam fazendo uso da prostituição.

A dra. **Solange Napo** traçou o perfil das mulheres que cooperaram com a pesquisa — em sua maior parte na faixa etária de 21 a 40 anos: não são profissionais do sexo, mas prostituem-se para terem condições de adquirir a droga; na sua maioria, o grupo pesquisado não pratica sexo seguro (93% não usa preservativo), daí porque muitas vezes os filhos são frutos do “programa”; teve a primeira relação sexual com 13 anos de idade; iniciou o uso do *crack* entre 16 e 20 anos; vende o corpo quase que diariamente, fazendo em média 4 “pro-

gramas”/dia, pelo preço médio de R\$ 11,00 a R\$ 20,00, quando não, por vezes, R\$ 5,00; 52% sofre violência durante a prostituição, de modo que não podem repeti-la no dia seguinte; o uso contínuo do *crack* (em média de 6 a 10 pedras por dia, ao preço médio de R\$ 10,00 cada pedra) acaba por queimar o nariz ou a boca, criando feridas e aumentando o risco de contaminação de doenças infecciosas; faz costumeiramente sexo oral sem preservativo, sendo que 11,3% tem o vírus HIV.

A pesquisa, ilustrada com depoimentos das mulheres usuárias de *crack* e que se utilizam da prostituição para sustentar o vício, evidenciou a situação de completa marginalização dessas pessoas, que muitas vezes são vitimadas durante o “programa” para a obtenção do dinheiro. A prostituição não é, nesse caso, fruto de escolha, mas representa para muitas uma saída mais segura do que o roubo para manter o vício. Ademais, a condição de usuária de drogas e, em especial, do *crack*, acaba por dificultar a busca de ajuda.

Frente a essa completa exclusão social — aliás vivenciada por outras tantas pessoas que se encontram na mesma zona de exclusão — os profissionais do direito devem procurar se adequar à realidade na qual se insere o usuário (e na maioria das vezes viciado) de drogas ilícitas. Nesse contexto, discutiu-se, na ocasião, se a chamada “justiça terapêutica” traz benefícios ao usuário. Baseada na ideia de que é mais adequado propor ao usuário de entorpecente a realização de tratamento médico ao invés de lhe impor, desde logo, uma sanção penal, a prática da justiça terapêutica por alguns magistrados de São Paulo tem sofrido críticas por certo setor da psiquiatria, sob o argumento de que o tratamento imposto dificilmente gerará resultado positivo, uma vez que, para tanto, o tratamento necessita ser voluntário, isto é, da iniciativa do usuário.

Entendeu-se, contudo, que, embora a crítica possa ser procedente, ela não afasta o benefício do tratamento para aqueles que assim o desejarem. Considerando-se o contexto de marginalização em que se encontram os viciados em substâncias entorpecentes, não se pode negar que a possibilidade de tratamento representa um grande avanço que deve ser valorizado, evitando-se, assim, a indesejável privação da liberdade.

Qual o rumo mais acertado a ser tomado pelo legislador brasileiro? Para grande parte dos presentes à mesa, a criminalização e a conseqüente marginalização do usuário de droga não é a melhor resposta que o Estado pode oferecer ao problema. Sob o impacto dos resultados apresentados pela dra. **Solange Napo** e, ainda, considerando a teoria do bem jurídico, exposta pela dra. **Janaína Paschoal**, muitos afirmaram que o uso de entorpecentes não deve ser disciplinado pelo direito penal. Porém, não faltou quem sustentasse, de outra sorte, que a criminalização do consumo de entorpecentes atende a uma necessidade social, na medida em que tutela a própria sociedade: de fato, além de afetar a família, tem-se verificado que diversos crimes contra o patrimônio são praticados sob o efeito de substâncias entorpecentes, colocando assim em risco a sociedade.

Diante do que foi exposto e debatido, restou a convicção de que, independentemente de se considerar ou não constitucional a proteção do bem jurídico “saúde pública” por meio da incriminação do porte de substâncias ilícitas, os usuários de tais substâncias têm sido postos à margem do contexto social, com poucas chances de serem considerados verdadeiramente cidadãos, o que traz conseqüências seríssimas para a sociedade em geral.

Ao legislador penal resta, portanto, a necessidade de que esteja atento para os desdobramentos acarretados pela política criminal em vigor, a fim de impedir que a norma que tinha por objetivo tutelar a saúde pública possa chegar ao ponto de, ela própria, criar condições para que a saúde pública seja ameaçada. E ao intérprete legal também cabe atentar para essa conseqüência, de modo a, dentro da legalidade, buscar soluções possíveis para amenizar a brutalidade em que consiste taxar como criminosas pessoas que precisam, antes de mais nada, de tratamento médico. ●

Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Mestre em Direito Penal pela
Faculdade de Direito da USP e advogada

Maria Thereza Rocha de Assis Moura
Professora Doutora de Direito
Processual Penal pela Faculdade
de Direito da USP e advogada

NOTA DE FALECIMENTO

É com muito pesar que comunicamos a todos o falecimento, ocorrido no dia 26 de julho, do prof. **Júlio Fabbrini Mirabete**, ex-procurador de Justiça do Estado de São Paulo e sócio do IBCCRIM. O prof. **Mirabete** era também membro da Academia Paulista de Direito, tendo escrito vários livros sobre Direito Penal e Direito Processual Penal.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NA REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

Hidemberg Alves da Frota

Hidemberg Alves da Frota

A 19 de fevereiro de 2003 retornou à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, para reexame, a Reforma do Poder Judiciário, plasmada na Proposta de Emenda Constitucional nº 29, de 30 de junho de 2000⁽¹⁾, originalmente aprovada pela aludida Comissão a 6 de março de 2002.

A avultada proposição insere o § 6º no art. 109, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual o “Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

Ofuscada por temas menos tangentes ao Direito Penal Internacional e mais identificados com os rumos da Magistratura nacional, cuida-se de uma inovação ausente das discussões travadas desde 1992 no Congresso Nacional acerca da Reforma do Poder Judiciário e isenta das recentes críticas endereçadas pelo ministro da Justiça **Márcio Thomaz Bastos**.

O art. 109, § 6º, CF/88, dará explícita previsão constitucional à submissão brasileira ao Tribunal Penal Internacional Permanente, semelhante a do art. 7º, § 7º, da Constituição da República Portuguesa de 1976 (redação alterada pela V Revisão Constitucional, via Lei Constitucional nº 1, de 12 de dezembro de 2001), *in verbis*:

“Artigo 7º
(Relações Internacionais)

7. Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma”.

Despiciendo frisar, o aparecimento do § 6º no art. 109 da Carta da República aperfeiçoará o destaque constitucional às convenções internacionais relativas à defesa dos direitos humanos, ao entalhar no texto maior a subordinação de nosso Estado-Nação ao campo de incidência do Tribunal Penal Internacional Permanente, cujo Estatuto — aprovado pela Conferência Diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas em Roma a 17 de julho de 1998, aderido pelo Brasil a 7 de fevereiro de 2000 e ratificado pelo Decreto nº 4.388⁽²⁾, de 25 de setembro de 2002 — expressa “um verdadeiro código criminal internacional”⁽³⁾, ao enumerar em seu art. 5º, § 1º, os ilícitos sob sua jurisdição (crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão) e, em seguida, defini-los nos arts. 6º a 8º (à exceção da agressão, delito a ser definido mediante emenda ao Estatuto em comento, na senda do seu art. 5º, § 2º, 1ª parte).

Mesmo sem recorrer ao esperado art. 109, § 6º, CF/88, o procurador da República **André de Carvalho Ramos**⁽⁴⁾ demonstra a cons-

titucionalidade da vinculação à Corte Criminal Internacional ao balizá-la nos fundamentos e objetivos principais da República brasileira (respectivamente, arts. 1º e 3º, CF/88) e nos princípios norteadores de suas relações internacionais (art. 4º, CF/88), além do art. 5º, XLI (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), complementados pelo art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em virtude do qual “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

Todavia, quatro questões pertinentes ao assunto continuam suscitando debates renhidos: (1) a prisão perpétua; (2) a entrega; (3) a individualização da pena e (4) a imunidade de jurisdição.

A alínea b do § 1º do art. 77 do Estatuto em apreço estabelece a prisão perpétua, “quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado”⁽⁵⁾, passível de redução, cumpridos “dois terços da pena, ou 25 anos de prisão” (art. 110, § 3º, 1ª parte).

Como conciliá-la com a proibição de pena de caráter perpétuo do art. 5º, XLVII, b, CF/88, cláusula pétrea agasalhada pelo art. 60, § 4º, IV, CF/88, respeitando o princípio da humanidade inerente ao postulado da dignidade humana (arts. 1º, III e 5º, III, CF/88)?

A controvérsia se reputa à problemática da entrega, instituído primo irmão da extradição.

Irmão porque ambos tratam da situação em que um Estado admite a uma ordem jurídica externa julgar um membro de sua população.

Primo devido à distinção esboçada pelo art. 102 do Estatuto do TPI, *in litteris*:

“Artigo 102

Termos utilizados

Para os fins do presente Estatuto:

a) por ‘entrega’ se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado ao Tribunal, em conformidade com o disposto no presente Estatuto;

b) por ‘extradição’ se entenderá a entrega de um indivíduo por um Estado a outro, em conformidade com o disposto em um tratado, convenção ou no direito interno”.

Uma idéia seria se apoiar na rejeição da Corte Suprema brasileira à “extensão transnacional da proibição da pena perpétua de prisão, entendendo que tal extensão sem apoio em tratado ou lei não pode ser ampliada”⁽⁶⁾.

É dizer, se nosso Tribunal Constitucional Federal consente em um estrangeiro ou brasileiro naturalizado ser extraditado a um Estado onde poderá se sujeitar a uma sanção penal de encarceramento vitalício, aplicar-se-ia o mesmo entendimento jurisprudencial ao caso da entrega⁽⁷⁾.

Este instituto possui abrangência superior à da extradição devido a dois motivos: (1) a entrega abarca o brasileiro nato (ímune à ex-

tradição graças ao art. 5º, II, 1ª parte, CF/88); (2) por força do art. 29 do Estatuto da Conferência de Roma, a entrega resta isenta da prescrição (na extradição, causa de extinção da punibilidade, nos termos do art. 77, VI do Estatuto do Estrangeiro, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980).

Obstaculariza tal solução uma viga mestra do Direito Penal Substantivo brasileiro, balaústre do sistema jurídico dos Estados civilizados: o princípio da proibição da analogia *in malam partem*. “Corolário da legalidade [art. 5º, XXXIX, CF/88], proíbe a adequação típica ‘por semelhança’ entre fatos.”⁽⁸⁾

Tendo em vista o Tratado de Roma inadmitir reservas (art. 120), remanescem quatro alternativas a fim de contornar a pena de prisão perpétua.

Três a longo prazo: (1) convocar uma nova Assembléia Nacional Constituinte; (2) emendar a Lei da Corte Criminal Internacional, transcorridos “sete anos desde a entrada em vigor” desta (art. 121, § 1º, 1ª parte); (3) declarar inconstitucional a adesão brasileira ao TPI se este desrespeitar, em concreto, a Constituição Federal.

E uma a curto prazo:

“Ao estabelecer considerações e declarações interpretativas condicionais, mas que tecnicamente não constituem reservas, o país adere ao Tratado lançando eventuais dúvidas para o futuro, para situação concreta, em que o instrumento de ratificação seja eventualmente questionado. Trata-se de um modelo de adesão condicional, que tradicionalmente não tem sido rejeitado na esfera internacional”.⁽⁹⁾

Tais opções dirimem o impasse do art. 77, § 1º, b, do Texto de Roma, diploma contrário ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLV, XLVI, CF/88), ao “não ter o Estatuto individualizado a pena para cada um dos tipos penais nele previstos. Preferiu a fórmula indeterminada do art. 77, na qual se noticia apenas o mínimo e o máximo da pena aplicáveis genericamente e indistintamente a todos os direitos”⁽¹⁰⁾.

Outra controvérsia importante reside na imunidade de jurisdição.

O § 1º do art. 27 do Estatuto em estudo torna irrelevante a função oficial, isto é, não exime o indivíduo da responsabilidade penal perante o Código sobredito, ainda que, por exemplo, pertença à chefia de um Poder Público (Executivo, Legislativo ou Judiciário) de um dado Estado.

É possível harmonizar essa prescrição com as soberanias nacional (arts. 1º, I; 4º, I; 170, I, CF/88) e popular (arts. 1º, parágrafo único e 14, CF/88)?

Sim, trocando-se a soberania absoluta oitocentista pela soberania relativa contemporânea, condicionada por um princípio maior, o da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88).

Ademais, “não temos um Estado e suas au-

toridades sendo julgados por outro Estado, à revelia de sua vontade, mas sim autoridades de um Estado sendo julgadas por um organismo internacional, ao qual se submetem voluntariamente os Estados”⁽¹¹⁾.

Cabe lembrar a índole complementar ou subsidiária do Tribunal Penal Internacional, evidente na Carta de Roma, tanto no parágrafo décimo de seu preâmbulo quanto no final da segunda parte do seu art. 1º.

“Vale dizer, o Tribunal exercerá sua jurisdição sempre que esgotadas, ou falhas, as instâncias internas dos Estados”⁽¹²⁾.

A jurisdição da Corte Criminal Internacional não constitui, portanto, uma gratuita ingerência na ordem estatal interna a extinguir a soberania do Estado brasileiro, máxime de sua jurisdição, conforme preconiza **Humberto Gomes de Barros**⁽¹³⁾, ministro do Superior Tribunal de Justiça desfavorável ao art. 109, § 6º, CF/88, proposto pela Reforma do Judiciário, e adepto do incomum vaticínio de que a ratificação ao TPI significa a transferência de nossa soberania “por um prato de lentilhas”⁽¹⁴⁾.

Elucida **Carmen Lúcia Antunes Rocha**, professora titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais:

“O fortalecimento da soberania popular é que se põe, na presente quadra histórica, como importante. Soberano é o cidadão e não o Estado. Atente-se a que a cidadania, por sua vez, é cada vez mais supranacional. O direito de participar do poder político não mais se restringe ao território de um Estado, entendendo-se principalmente porque ele se exerce para assegurar a dignidade da pessoa humana — princípio essencial de qualquer ordenamento — e onde esta tiver sido atingida há que haver um cidadão disposto a colaborar com o ameaçado ou lesado em seu direito para a pronta defesa, independente da nacionalidade”⁽¹⁵⁾. ●

Bibliografia

- AGÊNCIA SENADO. *Reforma do Judiciário será votada até o final do ano*. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br/comunidade/20021009173335/view>. Acesso em: 26 out. 2002.
- BARROS, Humberto Gomes de. “Abdicação de soberania”, *Direito & Justiça, Correio Brasileiro*, Brasília, 27 de maio 2002.
- FAUZI, Hassan Choukr; AMBOS, Kai, (org.). *Tribunal Penal Internacional*, São Paulo: RT, 2000.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal. Parte Geral*, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- REVISTA CEJ, Brasília, nº 11, mai.-ago. 2000.
- PIERANGELI, Flávia. *Anteprojeto para Estatuto de Roma prevê mais de 60 novos tipos de crimes*. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/ACS/releases/2002/outubro/RLS251002-roma.htm>. Acesso em: 26 out. 2002.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Constituição, Soberania e Mercosul”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 21, pp. 12-37, jan.-mar. 1998.
- STEINER, Sylvia Helena F. “Tribunal Penal In-

ternacional”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 28, pp. 208-218, out.-dez. 1999.

Notas

- (1) Na Câmara Baixa do Congresso Nacional a PEC nº 29/2000 tinha a numeração de PEC nº 96-C/1992.
- (2) Informa a Assessoria de Imprensa do Ministério de Estado da Justiça: “Mais de 60 novos crimes, enquadrados como genocídio, crime de guerra e contra a humanidade, deverão ser tipificados pela legislação brasileira, conforme prevê o anteprojeto de lei para a implementação do Estatuto de Roma no país. O documento foi entregue ao ministro da Justiça, **Paulo de Tarso Ribeiro**, nesta sexta-feira (25/10) pela comissão de juristas que elaborou a proposta. As novas tipificações definem, por exemplo, crimes de escravidão sexual, gravidez e esterilização forçadas, submissão a experiências biológicas e o uso de pessoas como escudo”. Leia **Flávia Pierangeli**. “Anteprojeto para Estatuto de Roma prevê mais de 60 novos tipos de crimes”. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/ACS/releases/2002/outubro/RLS251002-roma.htm>. Acesso em: 26. out 2002.
- (3) **Gilberto Vergne Saboia**. “A criação do Tribunal Penal Internacional”, *Revista CEJ*, nº 11, p. 8.
- (4) **André de Carvalho Ramos**. “O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, in: **Fauzi Hassan Choukr; Kai Ambos** (org.). *Tribunal Penal Internacional*, São Paulo: RT, 2000, p. 260.
- (5) Tradução não-oficial do *Codex* do TPI, vertido do original em espanhol, in: **Fauzi Hassan Choukr; Kai Ambos**, (org.). *Tribunal Penal Internacional*, São Paulo: RT, 2000, pp. 387-484.
- (6) **André de Carvalho Ramos**. “O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, in: **Fauzi Hassan Choukr; Kai Ambos**, org. *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: RT, 2000, p. 274.
- (7) **José Francisco Rezek**. “Princípio da complementaridade e soberania”, *Revista CEJ*, nº 11, pp. 67-68.
- (8) **Damásio Evangelista de Jesus**. *Direito Penal. Parte Geral*, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 9.
- (9) **Oscar Vilhena Vieira**. “Imunidades de jurisdição e foro por prerrogativa de função”, *Revista CEJ*, nº 11, p. 64.
- (10) **Luiz Benito Viggiano Luisi**. “Pena de prisão perpétua”, *Revista CEJ*, nº 11, p. 50.
- (11) **Oscar Vilhena Vieira**. *Op. cit.*, p. 61.
- (12) **Sylvia Helena F. Steiner**. “Tribunal Penal Internacional”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 28, p. 210.
- (13) **Humberto Gomes de Barros**. “Abdicação de soberania”. *Direito & Justiça, Correio Brasileiro*, 27 de maio 2002, p. 1.
- (14) **Humberto Gomes de Barros**. “Abdicação de soberania”, *Direito & Justiça, Correio Brasileiro*, 27. mai. 2002, p. 1.
- (15) **Carmen Lúcia Antunes Rocha**. *Op. cit.*, p. 31.

Hidemberg Alves da Frota

Quartanista do Curso de Direito do Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas - CIESA e estagiário de Direito do Ministério Público do Estado do Amazonas

Entidades que assinam o Boletim:

— AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas
- Ministério Público do Estado do Amazonas

— CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- Associação Cearense do Ministério Público

— DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal
- Associação do Ministério Público 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 - (Asmeço)

— MARANHÃO

- Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão
- Centro Unificado do Maranhão - CEUMA

— 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

- 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

— SANTA CATARINA

- Associação Catarinense do Ministério Público

— SÃO PAULO

- Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
- Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
- 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

Lançamento RT

livraria RT

Rua Conde do Pinhal, 80 • São Paulo, SP
• Telefax: (11) 3107-2433
• rtsp@livrariart.com.br

Rua Hannemann, 352 • USF
Colégio Santo Antônio do Pari • São Paulo, SP
• Tel.: (11) 3313-3441
• rtusf@livrariart.com.br

Rua da Assembléia, 83 • Rio de Janeiro, RJ
• Tel.: (21) 2533-7037/7038
• rtrio@livrariart.com.br

Av. Tiradentes, 1.817 • Itu, SP
• Tel.: (11) 4024-2388
• rtitu@livrariart.com.br

Rua Voluntários da Pátria, 547 • Curitiba, PR
• Telefax: (41) 323-2711
• rtcuritiba@livrariart.com.br

SHLN • Conjunto B • Lote 2 nº 2 e 3 • Brasília, DF
• Tel.: (61) 447-5124
• rtasanorte@livrariart.com.br

CLS, 402 • Bloco B • loja 35 • Brasília, DF
• Telefax: (61) 225-8569
• rtasasul@livrariart.com.br

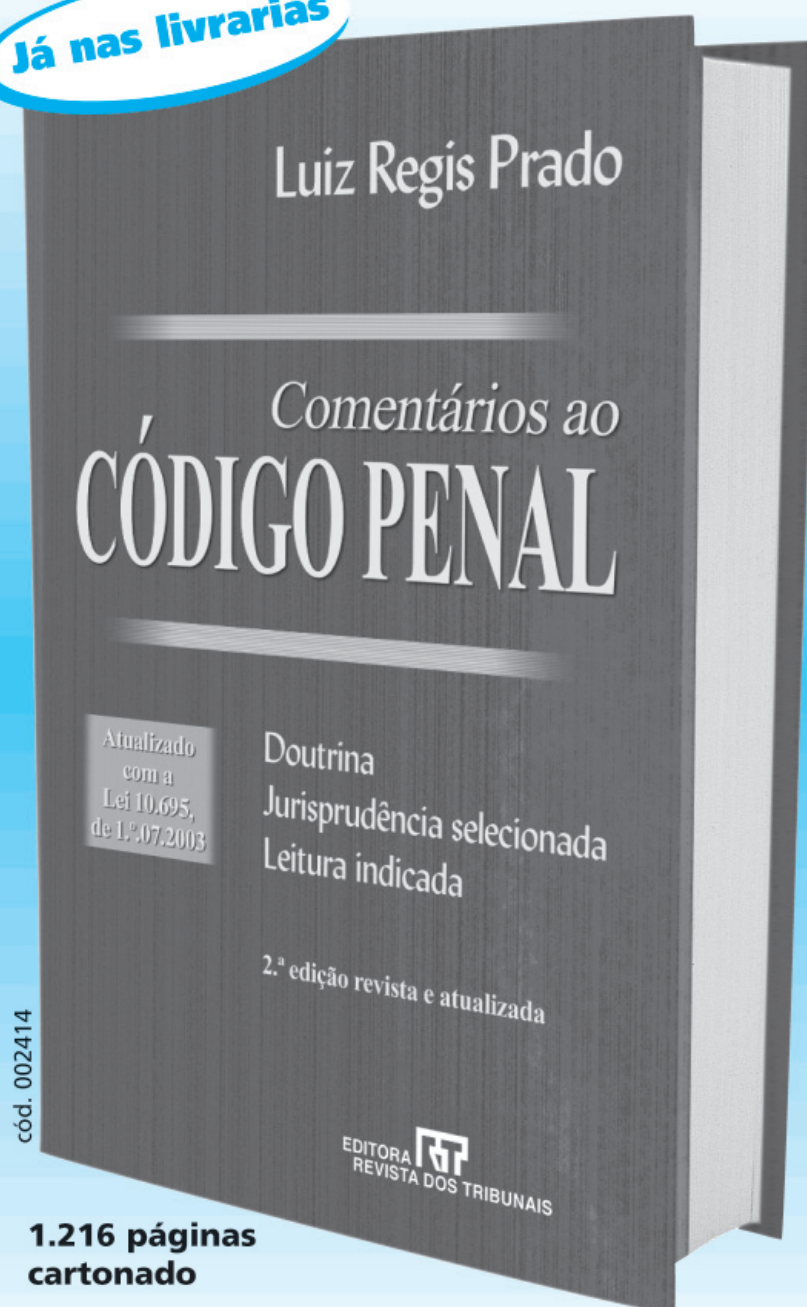
Av. Goiás, 60 • loja 3 • Goiânia, GO
• Tel: (62) 524-8040
• rtgoiania@livrariart.com.br

Rua 101, 123 • sala 1 • Goiânia, GO
• Telefax: (62) 524-8050
• rtgoiania101@livrariart.com.br

Av. Sen. José Lourenço Dias, 1.362
sala 3 • Anápolis, GO
• Telefax: (62) 327-1077
• rtanapolis@livrariart.com.br

Rua Edmundo de Carvalho, 905
sala 31 • Rio Verde, GO
• Telefax: (64) 613-1999
• rtrioverde@livrariart.com.br

Já nas livrarias



1.216 páginas
cartonado

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

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