

# Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



**IBCCRIM**

## EDITORIAL

### DE ARMAS E PALAVRAS

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, cumprindo seus objetivos de discutir amplamente as ciências criminais e de colaborar, de maneira concreta, para a construção material do Estado Democrático de Direito, tem apoiado algumas medidas eficazes adotadas pelo Poder Público, tais como a implantação dos Centros de Integração da Cidadania (CICs), ou a criação das defensorias públicas. Pelas mesmas razões tem aprovado os movimentos de resistência ao Terror de Estado, que se mostra visível em alguns projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional, objetivando alterar a legislação penal e processual penal, de que é exemplo marcante a legalização do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), chamado por René Ariel Dotti como “Regime da Desgraça” ou “Regime da Desesperança”.

A rapidez com que as Casas Legislativas pretendem discutir alguns projetos de lei, a partir da ocorrência de episódios pontuais, como é o caso do projeto que trata do crime organizado, tem preocupado o IBCCRIM, pois significam grave retrocesso para o Estado Democrático, na medida em que, antes de tudo, violam a própria Constituição da República.

O Instituto não desconhece o espaço, que por vezes se converte em abismo, entre o ideal e a realidade, razão pela qual está sempre aberto ao diálogo e pronto a colaborar para que leis materialmente democráticas e politicamente eficazes sejam editadas. Por esse motivo também não renuncia ao dever de criticar a atividade demagógica e oportunista dos que pretendem fazer do Direito Penal a panacéia universal.

Em cumprimento, mais uma vez, aos objetivos que levaram à sua criação, o IBCCRIM vem a público manifestar-se favorável ao desarmamento proposto no chamado Estatuto do Desarmamento, em tramitação no Congresso Nacional, destinado a regulamentar a fabricação, posse e porte de armas.

Não é de se estranhar, desde logo, que os principais protagonistas do lobby que tenta impedir as restrições e proibições que o projeto preconiza sejam justamente as empresas que produzem e comercializam armas e munições, responsáveis, aliás, por vultosas doações nas campanhas eleitorais de 2002.

Os registros internacionais apontam que, no período de 1965 a 1984, os lucros dos mercados de armas e munições ascenderam de 20 bilhões para 174 bilhões de dólares. O mercado internacional tem assinalado um lucro anual de 290 bilhões de dólares.

As propostas do projeto ora em tramitação envolvem a proibição geral do comércio de armas; a unificação de seu controle e registros somente pela Polícia Federal; a exacerbação da pena para o tráfico de armas; e a anulação, no prazo de 90 dias, de todas as

autorizações para porte de arma em vigor no País, até a realização de um plebiscito em 2005, para consulta popular sobre a proibição do referido comércio.

Nossa posição deve ser muito clara, pois as estatísticas são implacáveis: de cada dez homicídios, oito são praticados com armas de fogo. O número de mortes é assustador: somente no ano de 2002, ocorreram em todo País 9.000 homicídios envolvendo jovens de até 24 anos de idade, quer como vítimas, quer como autores, tendo aumentado a quantidade de jovens nos cárceres.

O número de armas em poder da população também cresce. O Estado de São Paulo sozinho tem em seu cadastro 1,3 milhões, dos 5 milhões de armamentos registrados em todo o País. A Polícia Civil do Rio de Janeiro estima que nas favelas existam 60 mil armas clandestinas, das quais uma parte é alugada para a prática de assaltos.

Por sua dimensão continental, e por fatores de ineficiência da máquina estatal, a ação policial nas fronteiras do Brasil é precária e quase inexistente. Estima-se que 85% das armas contrabandeadas venham do Paraguai, que não produz nenhuma delas, servindo apenas como um grande entreposto. Uma ponderável parcela é representada por armas de venda proibida (pistolas Glock com fibra de carbono, fuzis Sig com rajadas de fogo seletivo, fuzis automáticos FAL e HK-7, submetralhadoras URU e MT-12, granadas e bazucas), quase todas destinadas a organizações criminosas, responsáveis por realimentar a escalada da violência.

O silêncio, nessa hora, diante do quadro exposto, seria inexplicável. O IBCCRIM insiste no desarmamento da população e dos criminosos, e na suspensão definitiva do comércio de armas e munições, dentre outras medidas coerentes com uma política criminal e de segurança que respeite e tenha por finalidade o direito de cidadania. E manifesta-se contrariamente ao plebiscito proposto no projeto em tramitação, pois os congressistas (alguns dos quais parecem desconhecer serem legítimos representantes do povo) têm em mãos dados suficientes para, conscientemente, em definitivo e desde logo, proibir o comércio de armas e munições no Brasil. Com isso evita-se a demagogia e a campanha milionária (e desinformativa) que certamente farão os interessados em vender armas.

O Brasil precisa escolher as armas com que pretende enfrentar o futuro. Se é verdade que “*para tudo há um tempo, para cada coisa há um momento abaixo dos céus*” (Eclesiastes, 3), a análise de Paulo Freire ainda é de grande valia: “*Este é um tempo em que, mais até do que falar, é preciso falar a palavra certa. Falar a palavra que atua, que transforma, é já começar a transformar.*”

Editorial

## Índice

EDITORIAL: DE ARMAS E PALAVRAS	1
A VIDEOCONFERÊNCIA NA CRISE DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Flávia D'Urso	2
EM DEFESA DO EXAME CRIMINOLÓGICO Cláudio Th. Leotta de Araújo e Marco Antônio de Menezes	3
REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: LEGISLAÇÃO ANTINÔMICA Aline Seabra Toschi	4
DO INTERESSE DE AGIR COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO PENAL: PRESCRIÇÃO PELA PENA EM PERSPECTIVA Maria Isabella Rodrigues Gonçalves	6
LEI Nº 10.701, DE 9 DE JULHO DE 2003: ANÁLISE INICIAL DAS ALTERAÇÕES DA “LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO” Gustavo Henrique R. Ivahy Badaró	8
O ESTATUTO DO TORCEDOR DEFINIU CRIME? Marcelo Lessa Bastos	10
MESA DE ESTUDOS E DEBATES: DEBATE SOBRE DISCRIMINAÇÃO DE RAÇA E GÊNERO NA JUSTIÇA CRIMINAL Marta Cristina Cury Saad Gimenes	11
EM DEFESA DO DIREITO DE DEFESA Alexandra Szafir	12
AMBIVALÊNCIA DO CRIME Selma Santana	13
RELATÓRIO DO GRUPO BRASILEIRO DA ASSOCIAÇÃO DE DIREITO PENAL - (2002-2003) René Ariel Dotti	14
UM PONTO DE VISTA SOBRE AS PROPOSTAS DE TRANSAÇÃO PENAL QUE REVERTAM EM BENEFÍCIO AO ESTADO José Ademir Campos Borges e Fernando Célio de Brito Nogueira	15
Caderno de Jurisprudência	
O DIREITO POR QUEM O FAZ: PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR José Joaquim dos Santos	721
O DIREITO POR QUEM O FAZ: “PERSONALIDADE” NÃO PODE PREJUDICAR CIDADÃO. ATENUANTES PODEM DEIXAR A PENA ABAIXO DO MÍNIMO. PRESCRITIBILIDADE DA MEDIDA DE SEGURANÇA Amilton Bueno de Carvalho	722
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	724
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	725
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	726
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	727
TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL	728

A Constituição Federal e o Código de Processo Penal são textos normativos concebidos para um modelo unitário de ordenamento jurídico.

Essa concepção, associada mesmo, se presta, por primeiro, a manter a própria existência do Estado Democrático e Social<sup>(1)</sup> de Direito. A ele incumbe promover, coordenar, proporcionar e colaborar na construção legal da justiça social, sob o aspecto material, e não formal.

Haure-se o compromisso dessa efetividade pela responsabilidade do Estado na resolução dos conflitos de forma pacífica (Preâmbulo da Constituição Federal).

A unicidade do sistema, ademais, exige coerência entre suas regras: o cumprimento do catálogo de direitos fundamentais garante um processo penal instrumentalizado.

O aspecto científico do processo como *instrumento*, e não mero procedimento, é conferido ainda pelo Texto Maior, que atribui à União a competência para legislar sobre o Direito Processual, unitariamente conceituado (art. 22, I da CF).

O processo penal é, enfim, o *instrumento público para a realização da justiça*<sup>(2)</sup>.

O legislador constituinte foi generoso na previsão de garantias processuais penais, e dispôs-se no Estatuto Processual normas próprias aos atos processuais, como se sabe.

Tramitam no Congresso Nacional projetos de lei<sup>(3)</sup> que prevêem a instalação de equipamentos audiovisuais para a realização de audiências criminais. Neles há a possibilidade de que o acusado, sem se ausentar do estabelecimento prisional em que se encontra recolhido, seja submetido a interrogatório e a instrução probatória.

A violação da videoconferência a princípios constitucionais e normas que regem a condução de um processo criminal é clara. Pode-se a esse debate já avançado somar os seguintes argumentos:

1. O Brasil tem compromisso internacional de honrar acordos de que é signatário (art. 5º, § 2º da CF). O Pacto de São José da Costa Rica tem expressa previsão de que toda a pessoa segregada deve ser conduzida, sem demora, *à presença de um juiz*<sup>(4)</sup>;

2. O direito à participação direta na prova deriva do devido processo legal. Essa garantia tem dimensão positiva<sup>5</sup>, quer dizer, o acusado não é mero espectador dos atos probatórios. O seu acompanhamento significa, *e.g.*, poder atuar na produção de prova com acesso assegurado aos documentos insertos nos autos; com repertórias do seu defensor, que se mantém entre eles, pessoal e ininterruptamente, durante a colheita dos depoimentos acerca dos fatos que se apura.

Tais situações, comezinhas ao atendimento do contraditório e ampla defesa, não são possíveis em audiências virtuais;

3. É característica essencial do sistema acusatório, diversamente do inquisitorial, a oralidade, que compreende a **imediatez** da

relação do juiz com as partes e os meios de prova<sup>(6)</sup>.

Nesse mesmo mister é que se emprega o vocábulo *audiência*, do latim *audientia*, que significa a **recepção** de uma autoridade por aquele que lhe pretende falar e, nas lições de **Chiovenda**, deve mesmo ser utilizada para o “trato da causa”;

4. Ao juiz incumbe ainda o controle pessoal da legalidade do processo, que é sua precípua função. Afastado dele, de primeira intuição, aumenta, e muito, a probabilidade de que ocorram atos contrários à lei.

O distanciamento físico, por outra, foi objeto de uma interessante pesquisa na constatação da sua forte tendência à desumanidade. É conhecida como a experiência de **Milgram**<sup>(7)</sup>. Nela foram disponibilizadas pessoas que eram estimuladas a produzir choques elétricos, de baixa voltagem, nas outras. **Milgram** constatou que havia uma brutal diferença entre o contato pessoal e à distância. A disposição de aplicar os choques naqueles que eram separados fisicamente elevava-se em mais de 65%. **Bauman** conclui: “há uma razão inversa entre a disposição para a crueldade e a proximidade das pessoas... quanto mais racional a organização da ação mais fácil se torna produzir o sofrimento”.

Esse modelo tecnológico que se pretende incorporado ao Código de Processo Penal, como se vê, traduz-se em escancarada dissociação desse texto à Constituição Federal e o erige a mecanismo exclusivo de defesa social, e não de realização de justiça.

De fato, os Poderes Executivo e Legislativo inclinam-se hoje ao atendimento da premência do combate à criminalidade. Sem mesmo considerar o desvirtuamento de suas atribuições, nessa busca, imperiosa é a eficiência do sistema penal, que implica a sua desformalização<sup>(8)</sup>.

Há necessidade de que barreiras processuais sejam rompidas para a repressão penal. E nesse diapasão insere-se a instalação da videoconferência.

Muito mais do que uma análise lógico-formal de desrespeito a preceitos legais e mesmo constitucionais, alhures se consignou, a realização de teleaudiências representa o comprometimento da organização política e democrática do Estado.

A coerência do modelo unitário de ordenamento jurídico no Estado Democrático e Social de Direito justifica-se porque o seu destinatário é o homem.

O modelo de atuação do poder estatal no Brasil optou por valores supremos, de ordem

humana, como formas democráticas que estabelecem a relação da sociedade com o homem-pessoa, no revés do homem-indivíduo. Conferiu-se ao próprio Estado o papel de reabilitador e legitimante para o resgate da democracia, liberdade e igualdade materiais.

Bem por isso é extenso o rol de direitos fundamentais e tem ele destaque no texto constitucional. O valor que os unifica é a essencialidade da condição humana e sua dignidade.

A desconstitucionalização desses direitos, especialmente no que toca ao processo penal, onde o homem é o seu principal protagonista, acaba por reificá-lo.

O processo penal, desatrelado assim das garantias constitucionais e desumanizado, diversamente, ostenta essa perniciosa insegurança que as tendências defensivas sociais buscam tanto coibir. É o retorno mesmo ao Estado pré-moderno, obscuro e cruel, que a história da humanidade já, dolorosamente, presenciou e que, se supunha, teria sido de vez expurgado pelo movimento iluminista. ●

## Notas

- (1) Muito embora o legislador constituinte não tenha inserido o vocábulo “Social” no art. 1º da CF é consenso a adoção dessa atuação de poder (**Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Tadeu Antonio Dix da Silva**).
- (2) **Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo**, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 48.
- (3) No Senado, PLS nºs 238/2002 e 248/2002. Na Câmara, PL nºs 305/2003, 1233/1999 e 2504/2000.
- (4) Art. 7º, item 5.
- (5) **Antonio Magalhães Gomes Filho, Direito à Prova no Processo Penal**, Editora Revista dos Tribunais, p. 83.
- (6) **Geraldo Prado, Sistema Acusatório - A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**, Ed. Lumen Juris, p. 170.
- (7) **Zygmunt Bauman, Modernidade e Holocausto**, RJ: Jorge Zahar Editor, 1998, pp. 182-184.
- (8) **Alberto Silva Franco, “As perspectivas do Direito Penal por volta do ano 2010”**, Revista *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, ano V, nº 9 e 10, 1º e 2º semestre de 2000.

Flavia D'Urso

procuradora do Estado da assistência judiciária criminal de SP, mestranda pela PUC/SP e membro da diretoria do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública

## Lançamento

O **IBCCRIM** convida a todos para o coquetel de lançamento do livro *Justiça e Segurança na Periferia de São Paulo: Os Centros de Integração da Cidadania*, resultado da avaliação do programa governamental de melhoria do acesso à justiça realizada pelo *Núcleo de Pesquisas*. Na ocasião, o livro será distribuído gratuitamente. Dia 29 de agosto de 2003, às 18h, na sede do **IBCCRIM**, Rua XI de Agosto, 52, 2º andar.

# EM DEFESA DO EXAME CRIMINOLÓGICO

Cláudio Th. Leotta de Araújo e Marco Antônio de Menezes

A criminalidade hodierna, caracterizada pela ousadia cada vez maior dos criminosos demonstrada pelos acontecimentos recentes, tem recrudescido, como era de se esperar, o ânimo repressor das autoridades legislativas e executivas — destas últimas em particular as diretamente envolvidas com a execução penal —, as quais, ciosas das incumbências que lhes foram confiadas através do sufrágio, fazem eco ao clamor público o qual brada por um endurecimento das leis penais, na crença de que um direito mais duro é a panacéia para a praga do crime, seja organizado ou, no dizer do professor Miguel Reale Jr., do varejo.

Dessa forma, há o risco de que sejam aprovadas leis que coloquem de lado alguns princípios basilares do Estado Democrático de Direito — como é o caso do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) que se quer instituir — e ocorra o sepultamento da boa técnica científica, posta a serviço da dignidade do ser humano.

Sob este último aspecto, referência seja feita ao exame criminológico. Sem muita razão e com argumentos vagos, querem expurgá-lo, olvidando-se os princípios e fins que o orientam. Nos tópicos seguintes, procuraremos refutar, um a um, os argumentos contrários ao exame, demonstrando não só sua utilidade, como sua curial necessidade.

A título de prolegômenos, é necessário explicar que o exame criminológico é realizado por uma equipe multidisciplinar, cujo escopo é avaliar o sentenciado, que cumpre pena privativa de liberdade, em seus aspectos biopsicossociais, para individualização do cumprimento da pena e avaliação de seu comportamento frente à prisão, para que sirva de parâmetro ao juiz no momento da progressão de regime e momento do livramento condicional, orientando o magistrado a conceder, ou não, a antecipação da liberdade, a teor do art. 83 do Código Penal.

O exame criminológico é uma exigência legal. A Lei nº 7.210/84, a Lei da Execução Penal, assim o exige. E por que o faz? Porque, por uma questão de justiça, respeito à Democracia e com vistas à recuperação do sentenciado, a execução da pena deve ser individualizada e a Constituição Brasileira, conquanto tenha sido promulgada depois da lei supracitada, cobra essa individualização, mercê de seu art. 5º, inciso XLVI.

Ou seja, o legislador sabia, tinha consciência de que, para criminosos diferentes, execuções de penas também diferentes, e o elemento orientador dessa individualização é o exame criminológico, já que não se dispõe de outro meio. Além disso, como dito acima, o exame é a forma pela qual o magistrado tem como fundamentar sua decisão acerca da antecipação da liberdade do sentenciado e progressão regimental, antes de cumprida a pena na íntegra. Como, então, acabar com ele?

Alega-se que o exame criminológico é um “cheque em branco”, na medida em que confere, aos profissionais que o elaboram, um poder discricionário sobre a liberdade do preso e, por conta disso, algumas injustiças são cometidas, porque alguns exames são mal elaborados.

No que tange ao discricionarismo, convém esclarecer: a equipe multidisciplinar elabora os

exames através de anamneses, que são transcritas como pareceres favoráveis, ou não, à progressão de regime e ao livramento. Esses pareceres são enviados aos Conselhos Penitenciários Estaduais, órgãos colegiados, formados por representantes da sociedade hauridos nas camadas envolvidas diretamente com a massa carcerária (Ministério Público, procuradores, advogados, etc.), aos quais cabe opinar livremente sobre os pareceres.

Por fim, esse material é enviado aos juízes da execução penal que, com base nele, vão decidir sobre a progressão e o livramento, estando sua decisão sujeita, ainda, ao duplo grau de jurisdição.

Portanto, são três, no mínimo, os órgãos que decidem sobre o livramento e a progressão de regime (dois dos quais são colegiados, sem contar os tribunais de segunda instância), uma forma muito democrática de se decidir sobre o destino de condenados, muitos dos quais perigosos. Quer nos parecer, portanto, que o tal cheque em branco não é tão fácil de ser descontado.

Quanto à alegação de que o exame é mal elaborado, tenha-se em mente dois fatos: primeiro, de que há um outro exame, também previsto na legislação, mas que não é feito, o exame de personalidade, o qual deveria ser aplicado quando da entrada do sentenciado no sistema prisional e serviria de esteio ao exame criminológico, pois então os técnicos teriam como comparar a evolução do indivíduo dentro do sistema; segundo, o fato de que, conquanto os técnicos sejam todos de nível superior, não há uma “linguagem comum” entre eles, não há uma escola de Criminologia Clínica a orientar as equipes, não há uma metodologia rigorosa a orientar os exames, o que cria margem ao subjetivismo; mas isso pode ser contornado, criando-se cursos de especialização, manuais, simpósios, congressos, cadeiras especializadas em Criminologia Clínica e Direito Penitenciário nos cursos de nível superior.

Mais uma vez impotente para realizar reformas profundas, que demandam vontade política, dinheiro e tempo, o Estado lança mão de paliativos simplistas.

Para terminar, um outro argumento utilizado pelos detratores do exame é o de que o exame não prova nada, já que o índice de reincidência é elevado entre os que obtiveram pareceres favoráveis.

Pois bem: quer nos parecer que, ao pretender abolir o exame criminológico, o Estado jogou a toalha; sendo o exame o elemento avaliador da evolução do sentenciado frente à execução da pena, serve também para avaliar se a pena serviu para recuperar o sentenciado. Cabe, então, a pergunta: foi o exame criminológico ou a pena de prisão que falhou, não servindo esta para recuperar quem quer que seja, restando a ressocialização do egresso uma quimera, frente ao quadro atual? Resposta: *vide* o Carandiru. ◐

**Cláudio Th. Leotta de Araújo**  
Médico, professor e criminologista

**Marco Antônio de Menezes**  
Advogado e criminologista

Cláudio Th. Leotta de Araújo e Marco Antônio de Menezes



**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:**

Heloísa 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:**

**CONVÊNIO:** Mariângela Lopes Neistein

**ESTUDOS E DEBATES:** Mariângela

Gama de Magalhães Gomes

**HISTÓRIA:** Tadeu Antonio Dix Silva

**MONOGRAFIAS:** Carmen Sílvia de

Moraes Barros

**SEMINÁRIO INTERNACIONAL:** Theodomiro  
Dias Neto

Não podemos falar em Direito sem englobarmos em sua conceituação a idéia de ordenamento. Deste modo, pode-se falar em Direito “somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e, que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo” (Bobbio, 1999, p. 21).

Como a Constituição Federal é a norma fundamental, e que viabiliza a organização da sociedade através de princípios a serem seguidos por regras penais, podemos falar em sistema penal, pois “sistema é uma disposição das partes ou dos elementos de um todo coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada” (Ferreira, p. 138).

Para que esta estrutura seja organizada, as regras penais têm que ser válidas, ou seja, devem estar em harmonia ao preconizado pela Constituição Federal. Assim, “a idéia de sistema permite traçar esses contornos, posto que sistema implica a noção de limite, esta linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai, e o que permanece fora” (Ferraz Jr., 2003, 178).

Portanto, não basta uma regra existir para que seja considerada parte do ordenamento; antes, faz-se necessário perceber a sua validade. Aliás, a própria existência do sistema implica, de antemão, a validade de suas normas. Esta validade se verificaria quando a regra não fosse incompatível com o disposto na Constituição Federal. Novamente, Bobbio explica que “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, ‘sistema’ equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas” (1999, p. 80).

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, normas que constituem verdadeiros direitos aos presos e que são fundamentadas no princípio estruturante da dignidade da pessoa humana. Além disso, essas normas previstas constitucionalmente servem de paradigma para a realização das regras penais. Assim, no art. 5º da Constituição Federal são encontrados direitos como os previstos nos incisos III (que dispõe que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante); XLVI (que prevê a individualização da pena - atendido o disposto no inciso anterior); XLVII (que proíbe a aplicação das penas de morte, perpétua, de trabalhos forçados, banimento e cruéis); XLIX (que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral).

O sistema penal, relativo à execução das penas, visa à ressocialização através da harmônica integração social do condenado (art. 1º da Lei nº 7.210/84). No que tange às faltas e às sanções disciplinares, a Lei nº 7.210/84 dispõe em seus arts. 52 e 53, respectivamente,

seguindo a orientação da dignidade da pessoa humana, que “a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e sujeita o preso, ou condenado, à sanção disciplinar, sem prejuízo da sanção penal”, e que constituem sanções disciplinares a advertência verbal, a repreensão, a suspensão ou restrições de direitos e o isolamento. O isolamento não pode ser superior a 30 dias e, por ser sanção mais grave que as anteriores, só pode ser aplicada pelo conselho disciplinar.

Somente estas regras para a execução da pena já são válidas, pois além de poderem se adequar ao disposto nos princípios constitucionais, se adequam aos tratados, como, por exemplo, ao Pacto de São José da Costa Rica, que prevê que as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade a reforma e a ressocialização dos condenados.

Como já percebida a ineficácia da pena de prisão, pelo fato de não ressocializar o condenado<sup>(1)</sup>, a legislação brasileira foi ao encontro das disposições referente ao Direito Penal mínimo, procurando reduzir, desta forma, a aplicação da pena privativa de liberdade. Cervini (1995, p. 192) relata que “dentro dessa ampla gama de proposta, o movimento descriminalizador é hoje em dia o mais importante no plano político criminal e se reflete, em grande âmbito interdogmático, no princípio da intervenção mínima. Estamos firmemente consubstanciado com a tendência político criminal que postula a redução da solução punitiva dos conflitos sociais ao mínimo, atendendo fundamentalmente ao efeito contraproducente, ou ao menos inócuo, da ingerência penal do Estado. O Direito Penal somente deve ser empregado para a proteção dos bens jurídicos em forma subsidiária, como ultima ratio, reservando-se para aqueles casos em que seja o único meio de evitar um mal ainda maior. E de assinalar, não obstante, que embora a tendência descriminalizadora seja abertamente dominante no panorama doutrinário, já no terreno legislativo, ao contrário, muitos países desenvolvidos participam atualmente de uma orientação crescentemente repressiva, que se traduz em um aumento do número de condutas puníveis”.

Mas com o aumento da criminalidade, estampada pela mídia, é visto que a política adotada para a prevenção e a erradicação do crime está caminhando inversamente ao proposto pelo princípio da intervenção mínima (que, tendo ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, expõe que o Direito Penal só deve ser a última razão para punir), adotando como princípio a intervenção máxima, ou seja, quer resolver todo o problema da criminalidade com o endurecimento de leis e penas.

Deste modo, surgiu mais uma proposta de conter o aumento da criminalidade, com o projeto de lei que institui o regime disciplinar diferenciado, que prevê mudanças nos arts. 52 e 53 da Lei nº 7.210/84, como também o quantum máximo de pena privativa de liberdade, que passa de 30 para 40 anos. Estas mudanças nada mais são do que um

atentado ao Estado Democrático de Direito, principalmente pelo fato dos direitos humanos estarem positivados na Constituição, e que devem ser garantidos quando da elaboração das leis. E, principalmente, porque “se a ordem jurídica forma um sistema dinâmico, isto é, um conjunto solidário de elementos criados para determinada finalidade e adaptável às mudanças do meio onde atua, os direitos humanos constituem o mais importante subsistema desse conjunto. E, como todo sistema, eles se regem por princípios ou leis gerais, que dão coesão ao todo e permitem sempre a correção de rumos, em caso de conflitos internos ou transformações externas” (Comparato, 2003, p. 61).

Portanto, o legislador quer controlar o problema da criminalidade, esquecendo-se que a mesma está diretamente ligada à desorganização social, ou seja, às grandes diferenças sociais, econômicas, culturais e que foram acentuadas nesta era de globalização. A teoria durkheimiana (anomia) demonstra que a complexidade crescente da vida social faz com que normas sociais deixem de vigorar e, com isso, mostra que a criminalidade é o resultado das condições sociais, ou seja, o crime é um fenômeno social causado pela omissão estatal.

Enquanto o judiciário já trabalha com políticas de descriminalização e despenalização, o legislador se contradiz com a proposta do Regime Disciplinar Diferenciado. Zaffaroni e Pierangeli expõem que “se a intervenção do sistema penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que, perigosamente, já produz o injusto jushumanismo<sup>(2)</sup>, a que continuamente somos submetidos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuado nos efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jushumanista, o que resulta num suicídio” (2002, p. 80).

A antinomia é marcante nesta nova linha adotada pelos legisladores, pois o Direito Penal não serve para solitariamente designar os limites dos riscos oriundos do desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, nem mesmo como remédio para as consequências que as diferenças sociais ocasionam. Deste modo, bens protegidos constitucionalmente são mitigados em função de um outro bem eleito como mais importante, como o da segurança social. Mas esta mitigação é desproporcional, como também contrária aos princípios constitucionais, principalmente ao da dignidade da pessoa humana.

Canotilho<sup>(3)</sup> expõe “que o princípio da proporcionalidade, também chamada de adequação/conformidade, trata de controlar a relação de adequação medida-fim; a exigibilidade, de seu turno, não põe em crise a adoção da medida (necessidade absoluta), mas sim a necessidade relativa da providência, ou seja, perquire se o legislador poderia

ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos e a proporcionalidade em sentido estrito sopesa as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim” (grifo meu).

A insegurança social pode ser combatida através de outros meios que não ferem a hierarquia, o conteúdo das leis e, enfim, a própria democracia.

Quanto à violação das normas e princípios constitucionais, vê-se que o Regime Disciplinar Diferenciado não é válido, e, por isso não deve ser incluído no ordenamento jurídico penal, por ser antinômico. Assim, havendo incompatibilidade entre uma norma constitucional e regra infraconstitucional, deve prevalecer a primeira, por ser superior e, também, em função do seu conteúdo que serve como paradigma para a elaboração de leis ordinárias. A incompatibilidade, então, deixará de existir com a queda da regra que é inconstitucional.

“Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos: as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não cumprida (...) os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Em caso de conflitos entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou standards que, em primeira linha, devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas, definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias” (Canotilho, 2000, p. 1.126).

Ao admitir a proporcionalidade e a validade do Regime Disciplinar Diferenciado, admite-se também a libertação do terror individual, da vingança privada. O terror causado pela excessiva intervenção penal do Estado diminuirá a partir do momento em que os princípios penais forem tomados como norte para a atividade legislativa, procurando, antes, prevenir os crimes do que puni-los. E, não prevenindo, “não devem as penas ser somente proporcionais entre si e aos delitos, em intensidade apenas, mas também no modo de sua aplicação” (Beccaria, 1997, p. 100).

## Bibliografia

- AMARAL, Cláudio do Prado. “Princípios penais: da legalidade à culpabilidade”, São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. Téc. Cláudio De Cicco; apes. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, 10ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- CERVINI, Raúl. *Os Processos Penais de Descriminalização*, trad. Eliana Granja, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- DOTTI, René Ariel. *Informações gerais: movimento antiterror. Carta para Maria Thereza*. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>, acessado em 13.05.2003.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 14ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. “Espaço urbano e criminalidade: lições da Escola de Chicago”, São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a Pena na Atualidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, apud MARCÃO, Renato Flávio. *Lei de Execução Penal Anotada*, São Paulo: Saraiva, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, volume 1, parte geral, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

## Notas

- (1) Pimentel, discorrendo sobre a ressocialização do preso diz que “(...) longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está na verdade, sendo socializado para viver na prisão(...)” (1983, p. 158).
- (2) Agressão aos direitos humanos, injusto jushumanismo.
- (3) J.J. Gomes Canotilho. In: *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Luiz Regis Prado, 2002, p. 121.

**Aline Seabra Toschi**

Professora da Faculdade de Direito de Anápolis-GO/ AEE e Universidade Católica de Goiás

Aline Seabra Toschi



BOLETIM IBCCRIM  
- ISSN 1676-3661 -

**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](mailto: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](mailto:ibccrim@ibccrim.org.br)  
e [publicacoes@ibccrim.org.br](mailto:publicacoes@ibccrim.org.br)

## 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 a partir de 11 de agosto de 2003, através do tel: (55) 5623.1648, com Augusto Sanches, ou através do nosso [site: www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br).

Com a ocorrência do fato delituoso, nasce para o Estado o poder-dever de punir o infrator (*ius puniendi*). Entretanto, levando-se em consideração a gravidade da infração e da pena correspondente, a lei impõe limites ao exercício desse poder, fixando lapso temporal dentro do qual o órgão estatal estará legitimado para aplicar a sanção adequada.

Escoado esse prazo, prescreve o direito de punir o infrator. Pode-se, dessa maneira, definir prescrição, que, nos termos do art. 107, inc. IV, do Código Penal brasileiro, constitui causa extintiva da punibilidade, como *“a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso do tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”* (1).

Com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o *ius puniendi* concreto transforma-se em *ius punitivis*, isto é, a pretensão punitiva converte-se em pretensão executória.

Distingue-se, assim, a prescrição da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e regula-se pela pena máxima cominada ao delito, da prescrição da pretensão executória, também chamada de prescrição da pena, que, ao contrário, ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e regula-se pela pena aplicada ao caso concreto.

Como modalidade de prescrição da pretensão punitiva, o art. 110 do Código Penal brasileiro, em seus §§ 1º e 2º regula a prescrição retroativa. Assim, não havendo interposição de recurso pela acusação ou caso este seja improvido, a prescrição regula-se pela pena aplicada, mesmo não havendo ainda trânsito em julgado para a defesa. Ressalte-se ainda que, conforme estabelecido no § 2º, em tal caso, a prescrição poderá ter por termo inicial data anterior à do recebimento da inicial acusatória.

O fundamento do instituto da prescrição muda segundo a posição assumida pelos autores a respeito da *“teoria da pena”*.

Sem nos reportarmos àqueles que a fundamentam em condições processuais, afirmando que o tempo torna difícil a produção das provas — teoria que não pode valer para a prescrição da pena —, existem também os que, partindo da teoria da prevenção geral (2), afirmam que o fundamento da prescrição está em que o tempo apaga a lembrança do delito e suas conseqüências morais para a sociedade.

Zaffaroni e Pierangeli, entretanto, nos termos da teoria da prevenção especial (3), esclarecem que *“o fundamento da prescrição está em que ‘o homem que está diante do tribunal não é o mesmo que cometeu o fato’ (Schultz), assim como o homem que se encontra frente ao órgão de execução não é o mesmo que foi sentenciado. Se a ressocialização produz-se espontaneamente, sem intervenção da coerção penal, esta carece de sentido”* (4).

Na esteira de tal raciocínio, vem ganhando força no Direito Penal brasileiro a chamada prescrição pela pena em perspectiva, tam-

bém chamada antecipada, que consiste no reconhecimento adiantado da prescrição retroativa, antes do recebimento da denúncia ou da queixa ou até mesmo durante o curso da ação penal, tomando-se por base a pena hipotética a ser fixada em futura sentença, caso condenatória.

Ora, as condições da ação existentes no Processo Civil (legitimidade de partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido), aplicam-se também ao Processo Penal, como condições genéricas para o exercício da ação penal.

No âmbito do presente trabalho só nos interessa analisar, de forma um pouco mais ampla, o interesse de agir, pois é nele que se fundamenta o reconhecimento da prescrição retroativa antecipada ou pela pena em perspectiva.

Segundo esclarece Fernando Capez (5), o interesse de agir no processo penal, desdobra-se no trinômio *necessidade, utilidade* do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido e *adequação* à causa, do procedimento e do provimento, de forma a possibilitar a atuação da vontade concreta da lei, segundo os parâmetros do devido processo legal.

Desloca-se também para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a poder-se afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa seu conteúdo. É dizer, sob perspectiva de sua efetividade, que o processo deve se mostrar, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, *revelar-se útil* (6).

Assim, se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal aos fins a que se presta, inexistente, por conseqüência, interesse de agir.

Entendemos ser exatamente o que ocorre quando, ao oferecer a inicial acusatória, ou mesmo no curso do processo penal, verifica-se que se operaria a prescrição retroativa, caso comprovada a culpabilidade do réu, analisando-se a pena possível a ser imposta.

Nessa hipótese, toda a atividade jurisdicional seria inútil, carecendo o autor, portanto, de interesse de agir.

Ora, o art. 59 do Código Penal estabelece os critérios a serem observados pelo juiz quando da fixação da pena. Trata-se, na verdade, de uma garantia do condenado, afastando assim, o arbítrio do julgador ao decidir.

Assim, traçando o Diploma Penal diretrizes objetivas e subjetivas a serem observadas pelo magistrado quando da individualização da pena, observando-se, é claro, as majorantes e atenuantes, não há nada que impeça que se possa antever, com uma certa margem de precisão, se a pena será fixada próximo ao mínimo ou máximo abstratamente previstos para o tipo incriminador. Diz-se, portanto, que a discricionariedade do julgador está vinculada a tais fatores determinantes do *quantum punitivo* (7).

Deste modo, tomando-se por base o que dispõe os arts. 59 e 68 do Código Penal brasileiro, é evidente a possibilidade de se determinar, ao menos aproximadamente, a pena a ser aplicada em caso de condenação, possibilitando, dessa forma, uma antecipada análise da prescrição retroativa, com inevitáveis reflexos no interesse de agir.

Nesse caso, qualquer ação se mostraria desnecessária e inútil porque a visada sanção jamais seria efetivamente aplicada (considerando-se que a prescrição retroativa, por ser uma espécie de prescrição da pretensão punitiva, não faz gerar qualquer efeito penal ou extrapenal).

Segundo enfatiza Liebman, *“interesse processual, ou interesse de agir existe quando há para o autor, utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa”* (8).

Conforme anteriormente afirmado, o interesse processual no processo penal decorre, em regra, da pretensão penal condenatória, pois pretende-se, com a acusação, a aplicação de uma sanção penal ao agente do fato delituoso. Fundamenta-se, assim, o interesse de agir, na utilidade do provimento jurisdicional.

Ora, se a ação penal para existir precisa preencher o requisito do interesse de agir, desencadeando assim uma sanção ao autor do fato delituoso, caso esse fim não possa ser mais materialmente alcançado porque, ao sentenciar e aplicar concretamente a pena, o direito de punir já pulverizou-se no tempo, qual seria a finalidade de se instaurar ou até mesmo dar prosseguimento a um processo natimorto?

Carece de sentido, portanto, proceder a instrução de um processo se, fatalmente, poucos dias após, o decurso do tempo impedirá que o Estado aplique pena ao infrator.

Assim, havendo flagrante certeza de que, ao final do processo se verificaria a prescrição retroativa, inexistirá, por conseqüência, interesse de agir, atraindo-se, via de conseqüência, o disposto no art. 43, inc. III do Código de processo Penal, *verbis*:

*“A denúncia ou a queixa será rejeitada quando:*

*(...) III – for manifesta a ilegitimidade de partes ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”* (destacamos).

Por outro lado, a possibilidade de aplicação de pena ao autor do fato delituoso, caracterizando o interesse de agir, deve se mostrar presente durante todo o processo. Assim, se durante o curso da ação penal se verifica a possibilidade de ocorrência da prescrição retroativa ao final, inexistirá, também interesse processual da acusação.

Nesse sentido:

*“O interesse deve existir no momento em que a sentença for proferida. Portanto, se ele existir no início da causa, mas desaparecer naquela fase, a ação deve ser rejeitada por falta de interesse”* (9).

Verifica-se, assim, hipótese superveniente de carência da ação penal, decorrente do de-

saparecimento do interesse de agir do Estado, tornando viável, por expressa disposição constante do art. 3º do Código de Processo Penal brasileiro, a aplicação analógica do art. 267 do Código de Processo Civil<sup>(10)</sup>, possibilitando-se a extinção do processo sem julgamento do mérito.

No mesmo sentido se manifesta o professor **Eugênio Pacelli de Oliveira**, quando esclarece:

*“Com efeito, diante da constatação, feita nos próprios autos do procedimento de investigação (inquérito policial ou qualquer outra peça de informação), da impossibilidade fática de imposição, ao final do processo condenatório, de pena em grau superior ao mínimo legal, é possível, desde logo, concluir pela inviabilidade da ação penal a ser proposta, porque demonstrada, de plano, a inutilidade da atividade processual correspondente. E assim ocorre porque, em tais hipóteses, o prazo prescricional inicialmente considerado, isto é, pela pena em abstrato (art. 109 do Código Penal), seria sensivelmente reduzido após eventual sentença penal condenatória (com pena concretizada). Semelhante operação seria possível antes mesmo do início da ação penal, à vista das condições pessoais do agente imputado ou das circunstâncias objetivas do fato, que impediriam, em sede de juízo prévio, a imposição de pena acima do mínimo previsto no tipo penal adequado ao fato apurado na investigação.*

*Por isso, entendemos perfeitamente possível o requerimento de arquivamento do inquérito ou peças de investigação por ausência de interesse — utilidade — de agir”*<sup>(11)</sup>.

Em posição contrária, entretanto, boa parte da doutrina aponta objeções ao reconhecimento da prescrição antecipada, sob alegação de que não há previsão legal de tal instituto; de que se estaria, caso não fosse proferida uma sentença de mérito, violando o princípio constitucional da presunção de inocência; ou de que, em face da ocorrência da *mutatio libeli*, prevista no art. 384, parágrafo único do Código de Processo Penal, poderia o julgador, mais tarde, alterar a classificação do crime, modificando, assim, o *quantum* de pena abstratamente definido na lei.

De todos os fundamentos contrários ao reconhecimento da prescrição pela pena em perspectiva, acreditamos que o único que poderia ser plausível seria o último por nós apontado: *mutatio libeli*.

Entretanto, entendemos não ser o mesmo forte o suficiente para o não reconhecimento da prescrição antecipada, uma vez que, se declarada com base em falta de interesse de agir, o processo será extinto, conforme estabelecido no art. 267 do Código de Processo Civil, sem julgamento do mérito, proferindo-se sentença terminativa, sendo, portanto, admissível a renovação da ação, desde que as partes corrijam o defeito que ensejou aquela extinção.

A carência de ação, conforme anteriormente afirmado, enseja julgamento do processo sem análise do mérito, ou seja, com sentença que não resolve a lide. Tal decisão é desprovi-

da dos efeitos da coisa julgada material. Assim, a ação poderá ser novamente proposta desde que o direito à mesma permaneça íntegro e se mostre novamente exercitável.

Ora, se o direito não está definitivamente eliminado, aquela ação extinta sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir, uma vez reconhecida a prescrição antecipada, poderia ser novamente intentada, desde que não extinta a punibilidade por qualquer motivo, caso fosse dada nova definição jurídica do fato, que importasse em imposição de pena mais grave.

Ressalte-se que, no caso que ora se discute, a extinção do processo se daria sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir, considerando-se que, ao final, se operaria uma causa extintiva da punibilidade, o que é diferente do julgamento com análise de mérito, em que se declara extinta a punibilidade por qualquer motivo.

Não seria julgado extinto o processo por ter ocorrido extinção da punibilidade, mas por falta do interesse de agir. A prescrição, então, seria analisada à luz das condições da ação, somente para fins de caracterização do interesse processual, uma vez que, caso o processo prosseguisse até o seu fim, estaria extinta a punibilidade pela prescrição retroativa, carecendo de sentido, portanto, o movimento da máquina judiciária.

Assim, se reconhecida a prescrição antecipada, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, por falta de interesse de agir e, posteriormente, surgindo novas provas que importem em desclassificação ou nova definição do fato anteriormente imputado para crime mais grave, cuja pena abstrata altere o prazo prescricional anteriormente analisado, a ação penal poderá ser novamente proposta, uma vez que sanado o “vício” da falta de interesse de agir.

A jurisprudência, aos poucos, vem se inclinando pelo reconhecimento da prescrição pela pena em perspectiva, mas ainda não conta com um número significativo de julgados favoráveis.

A Terceira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, no julgamento da Apelação nº 295.059.257, reconheceu a prescrição retroativa antecipada, nos seguintes termos:

*“Prescrição antecipada — Validade do raciocínio judicial que antecipa o cálculo prescricional para rejeitar a denúncia. Princípio do Direito Administrativo voltado para a boa aplicação do dinheiro público, também recomendada que não seja instaurada a ação penal por falta de interesse, quando, em razão da provável pena, que é uma realidade objetivamente identificável pelo Ministério Público e pelo juiz, a partir das considerações inerentes ao artigo 59 do CP, for possível perceber que a sentença condenatória não se revestiria de força executória, em face das regras que regulam a prescrição”.*

No mesmo sentido, reconhecendo a prescrição antecipada, RT 668/289 e 669/315. Em

sentido contrário, STJ: HC nº 20.112/SP, RHC nº 12360/BA, e RHC nº 11986/PR.

Por fim, embora a jurisprudência não conte com um número significativo de julgados favoráveis ao reconhecimento antecipado da prescrição, acreditamos que, face à falta de interesse de agir, deve ser rejeitada a inicial acusatória ou ser o processo extinto sem julgamento do mérito, caso se verifique que, pela análise das circunstâncias do art. 59 do Código Penal brasileiro, a pena a ser fixada ao final, se condenatória a decisão, não seria aplicada, considerando-se a prescrição retroativa prevista no art. 110, § 1º do Diploma Penal. ◐

### Referências Bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto.** *Manual de Direito Penal - Parte Geral*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- CAPEZ, Fernando.** *Curso de Processo Penal*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- MARTINI, Paulo.** *Prescrição em Perspectiva: questão de bom senso e necessidade*, in: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), acesso em 13.03.2003.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli.** *Curso de Processo Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- VECCHIO, Giorgio Del.** *Prescrição punitiva pela pena em perspectiva*, in: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br), acesso em 13.03.2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique.** *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

### Notas

- (1) **BITENCOURT, Cezar Roberto.** *Manual de Direito Penal - Parte Geral*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 671. Ressalte-se que, conforme salienta **Bitencourt**, “contrariando a orientação contemporânea do moderno Direito Penal liberal, que prega a prescribibilidade de todos os ilícitos penais, a Constituição brasileira de 1988 declara que são imprescritíveis ‘a prática do racismo’ e ‘a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático’ (art. 5º, incs. XLII e XLIV)”.
- (2) Segundo ensina **BITENCOURT**, “a prevenção geral fundamenta-se em duas idéias básicas: a idéia da intimidação ou da utilização do medo, e a ponderação da racionalidade do homem. (...) Para a teoria da prevenção geral, a ameaça de pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos” (*Manual de Direito Penal*, p. 77).
- (3) A teoria da prevenção especial procura evitar a prática do delito, mas, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinqüente em particular, objetivando que este não volte a delinqüir.
- (4) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique.** *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 752.
- (5) **CAPEZ, Fernando.** *Curso de Processo Penal*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- (6) **CAPEZ, Fernando.** *Curso de Processo Penal*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- (7) Conforme esclarece **BITENCOURT**: “Os elementos constantes no art. 59 são denominados circunstâncias judiciais, porque a lei não os define



- e deixa a cargo do julgador a função de identificações no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas 'circunstâncias do crime', mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base" (*Manual de Direito Penal*, p. 553).
- (8) Apud **Giorgio Del Vecchio**. *Prescrição punitiva pela pena em perspectiva*, in: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br),

- acesso em 13.03.2003.
- (9) São Paulo. Tribunal de Alçada Cível. Apelação Cível nº 200.077, relator juiz **Ferreira de Carvalho**, JTACvi, 106/391.
- (10) Estabelece o art. 267 do CPC: "Extingue-se o processo sem julgamento do mérito: (...) IV — quando se verificar a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. (...) VI — quando não concorrer

qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual."

- (11) **OLIVEIRA, Eugênio Pacelli**. *Curso de Processo Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 58/59.

**Maria Isabella Rodrigues Gonçalves**  
Advogada em Belo Horizonte - MG

Maria I.R.G.

## LEI Nº 10.701, DE 9 DE JULHO DE 2003: ANÁLISE INICIAL DAS ALTERAÇÕES DA "LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO"

**Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró**

A fúria legislativa trouxe mais uma novidade no âmbito processual penal. Recentemente entrou em vigor a Lei nº 10.701, de 9 de julho de 2002, publicada no *DOU* de 10.07.2003, que acrescentou e alterou dispositivos da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens<sup>(1)</sup>. Apenas com o intuito de trazer o tema à discussão, submetemos à apreciação do leitor nossas primeiras reflexões sobre as novidades da lei:

**Art. 1º, inc. II.** A primeira novidade foi a inclusão do "financiamento do terrorismo" entre os delitos considerados precursores do crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, inc. II). A alteração não se justifica, como aliás já não tinha razão de ser a previsão do terrorismo como crime antecedente ao delito de lavagem de dinheiro. O ordenamento jurídico brasileiro não tipifica como crime o terrorismo e muito menos o "financiamento do terrorismo". Nem se diga que se trata de uma disposição para o futuro. Seria de melhor técnica que, caso uma nova lei viesse a tipificar o crime de terrorismo, bem como "o seu financiamento", que esta nova lei também alterasse a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e incluísse um inciso, elencando aquelas condutas consideradas antecedentes do crime de lavagem de dinheiro<sup>(2)</sup>.

**Art. 9º, inc. XII.** Outra inovação foi o acréscimo de um inc. XII ao art. 9º, que inclui entre aqueles que se sujeitam à obrigação de identificação dos clientes e manutenção de registros (art. 10), e de comunicação de operações financeiras (art. 11), "as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie". Seria o caso, por exemplo, de um antiquário ou leiloeiro que vendesse obras de arte de valor elevado, ou de uma construtora ou incorporadora que vendesse apartamentos caríssimos, ou uma joalheria da qual fosse adquirida uma jóia de vultoso valor, ou uma revendedora de automóveis de luxo, entre outras.

**Art. 11, inc. II, letra "a"**. Com relação à nova redação da letra "a", do inc. II, do art. 11, houve apenas um acréscimo. O dispositivo, em sua redação originária, já exigia que as pessoas físicas ou jurídicas sujeitas à Lei de Lavagem de Dinheiro comunicassem às au-

toridades competentes as operações que pudessem constituir sérios indícios dos crimes previstos naquela lei ou com eles relacionadas. A novidade é que, agora, além da comunicação, deverá "ser juntada a identificação a que se refere o inciso I do mesmo artigo", isto é, a identificação do cliente contra os quais haja fortes indícios do cometimento de crime.

**Art. 14, § 3º.** Por fim, a novidade mais importante e que merece maior atenção, até mesmo porque, ao nosso ver, caracteriza-se como uma flagrante inconstitucionalidade, é o art. 5º da Lei nº 10.701/2003, que acrescenta, ao art. 14 da Lei nº 9.613/98, um § 3º, nos seguintes termos: "O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas".

Desnecessário lembrar que a Constituição de 1988 estabelece entre os direitos e garantias individuais o direito à privacidade e ao sigilo dos dados (art. 5º, inc. X e XII, respectivamente)<sup>(3)</sup>. Antes, porém, de analisarmos a questão central, cabem ainda algumas observações de técnica — ou melhor, de impropriedade técnica — do dispositivo, fazendo uma análise compartimentada da previsão desta nova prerrogativa concedida ao COAF.

Inicialmente, o titular deste novo direito é apenas o COAF, pois só ele poderá requerer as informações cadastrais e financeiras daqueles que apresentem atividade suspeita. Já o legitimado passivo, isto é, a quem poderá ser feito tal requerimento, serão os "órgãos da Administração Pública".

Trata-se, segundo a lei, de um "requerimento" e não de uma "requisição". Assim, não se trata de um poder insuscetível de recusa por aquele que recebe o ato requisitório, mas sim de um pleito, uma solicitação, que poderá ou não ser atendida, desde que satisfeitos os requisitos legais<sup>(4)</sup>.

Com relação ao objeto deste novo dispositivo, deve ser feita uma distinção entre as *informações cadastrais bancárias*, de um lado, e as *informações financeiras*, de outro. Entre as informações cadastrais bancárias incluem-se, por exemplo, o nome, o endereço, telefone, e-mail, dados sobre imóveis ou veículos de propriedade do correntista e qualquer outra informação sobre sua identificação. Já as informações financeiras incluem os dados sobre as

operações financeiras por ele realizadas, principalmente seus valores, origem e destino e data de sua realização. Nesse último caso, está aberto o caminho — ainda que de forma tortuosa — para uma quebra do sigilo bancário, sem prévia autorização judicial.

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, em seu art. 5º, prevê que a administração tributária da União deve ser informada pelas instituições financeiras sobre "as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços", que num primeiro momento se restringem aos "informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados" (art. 5º, § 2º). Porém, num segundo instante, se forem "detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos" (art. 5º, § 4º). Neste caso, estariam disponíveis — sem ordem judicial — todos os dados bancários dos correntistas dos bancos e dos demais usuários do sistema financeiro nacional. Fica assegurado, porém, que "as informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor" (art. 5º, § 5º).

Ora, a "administração tributária da União" (Lei Complementar nº 105/2001, art. 5º) integra os "órgãos da Administração Pública" (Lei nº 9.613/98, art. 14, § 3º). Assim, bastaria que a autoridade tributária visse um "indício" do cometimento de ilícito fiscal, para obter todos os dados bancários do correntista. Em seguida, o COAF, entendendo haver uma "suspeita" de atividade de lavagem de dinheiro, poderia requerer à "autoridade tributária" todas as "informações financeiras" desta mesma pessoa. Eis o caminho a ser percorrido, que, embora tortuoso, permitirá à administração pública desviar-se da garantia da reserva de jurisdição para a restrição ao direito constitucional à privacidade e ao sigilo dos dados. Acreditamos, porém, que mais uma vez irá falhar a busca da administração em obter a quebra do sigilo bancário e demais informações financeiras, independentemente de autorização do Poder Judiciário.

Eventual requisição do COAF a outros

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

órgãos da administração não poderá ser atendida por fatal de amparo legal, na medida em que o novo § 3º do art. 14 da Lei de Lavagem de Dinheiro é inconstitucional, por disciplinar, em lei ordinária, matéria reservada à lei complementar. O art. 192, *caput*, da Constituição, prevê que o sistema financeiro nacional “será regulado em lei complementar”. A disciplina do sigilo bancário diz respeito ao sistema financeiro, tanto assim que o regramento da conservação do sigilo a ser mantido pelas instituições financeira, em suas operações ativas e passivas e serviços prestados, foi disciplinado pela Lei Complementar nº 105/2001. Assim, não poderia uma lei ordinária, no caso a Lei nº 10.701/2003, tratar do sigilo das “informações financeiras”, posto que tal matéria é reservada à lei complementar.

Ressalte-se que não se trata de questão de hierarquia de leis, mas sim de competência constitucional. O elemento distintivo entre ambas é a natureza da matéria a ser normatizada. Não pode a lei complementar tratar de matéria afeta à lei ordinária nem a lei ordinária tratar de matéria a ser regulamentada por lei complementar. Cada espécie tem o seu campo próprio de atuação e, se houver invasão de competência de uma pela outra, haverá ofensa à Constituição, implicando inconstitucionalidade da lei inadequada<sup>(5)</sup>.

Sendo a conservação do sigilo bancário matéria de lei complementar, porque se trata de regulamentação do sistema financeiro nacional, não poderia a lei ordinária determinar que o COAF possa requerer aos órgãos da administração pública as informações financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas. Por outro lado, se alguém considerar que tal matéria é de lei ordinária — e não de lei complementar — deverá, por coerência e lógica, reconhecer a inconstitucionalidade de toda a Lei Complementar nº 105/2001, e neste caso a Receita Federal não poderá obter, sem autorização judicial, os dados relativos ao sigilo bancário para serem, num segundo momento, fornecidos ao COAF.

Por fim, a nova lei também merece críticas quanto aos requisitos legais. O COAF poderá requerer as informações cadastrais e financeiras no caso de “pessoas envolvidas em atividades suspeitas”. O conceito de *atividades suspeitas* é extremamente genérico. Suspeita é uma conjectura, uma desconfiância, uma leve opinião contrária a alguém ou a alguma coisa<sup>(6)</sup>. Normalmente, quando o legislador quer designar aqueles elementos que permitam ao juiz formular um juízo de probabilidade, embora sem chegar a um juízo de certeza, refere-se à “indícios”<sup>(7)</sup> para designar uma prova dotada de eficácia persuasiva atenuada, não sendo apta, por si, a estabelecer a verdade de um fato<sup>(8)</sup>. Embora não possa ser quantificada em termos matemáticos, a expressão “indício” significa uma situação em que há uma dose muito maior de probabilidade do que a simples possibilidade gerada pela mera “suspeita”<sup>(9)</sup>.

Todavia, a nova legislação preferiu não se valer da palavra “indícios”<sup>(10)</sup>, ou das expres-

sões “indício suficiente”<sup>(11)</sup> ou “indícios veementes”<sup>(12)</sup>, substituindo-as por “atividade suspeita”. O COAF pode requer informações financeiras — o que implica quebra do sigilo bancário — no caso de atividade suspeita. Indaga-se, *suspeita* de que? Infere-se do *caput* do art. 14, que sejam “*suspeitas de atividades ilícitas de lavagem ou ocultação de bens, direitos ou valores*”. Mas seria bom que o legislador, em termos de restrições de garantias individuais, fosse expresso, não deixando margens a dúvidas.

De outro lado, é de se ressaltar que, mesmo nos casos em que o legislador utiliza o conceito de “suspeita”, para autorizar a realização de ato restritivo de direitos individuais no interesse da persecução penal, o faz acompanhado de algum qualificativo que exija uma mínima força probatória ou “uma dose a mais”. Por exemplo, a Lei nº 10.054, de 7 de dezembro de 2000, prevê o cabimento da identificação criminal no caso em que “*houver fundadas suspeitas de falsificação ou adulteração do documento de identidade*” (art. 3º, inc. II).

Melhor seria, portanto, que a medida fosse admitida pelo legislador, mediante prévia autorização judicial, nos casos em que houvesse “*indícios de que a pessoa estaria envolvida em atividades ilícitas de lavagem ou ocultação de bens, direitos ou valores*”. Em suma, não se pode aceitar que o COAF possa, diante de uma simples suspeita de atividade ilícita, requerer dos órgãos da administração pública as informações financeiras que possuam daquele sujeito. Tal medida significaria uma inadmissível quebra de sigilo bancário, sem autorização judicial. Além disto, o novo dispositivo legal que autoriza tal medida também é inconstitucional, posto que invadiu a esfera de competência que a própria Constituição reservou à lei complementar, não podendo ser disciplinado através de lei ordinária.

Ressalte-se que o controle sobre o produto ou proveito da infração penal é sempre um meio efetivo de combate à criminalidade. Uma enorme gama de delitos, como o tráfico de drogas, o tráfico de armas, o contrabando, a extorsão mediante seqüestro, a corrupção, e outros que costumam ser identificados como atividades das chamadas “organizações criminosas” são praticados com o fim último de obtenção de lucro. Neste caso, o controle rígido sobre a lavagem do dinheiro obtido com tais atividades criminosas é sem dúvida uma medida eficaz para a repressão e prevenção ao crime.

Porém, nunca é demais relembrar que o aumento da eficácia da repressão penal não pode ser buscado com restrições aos direitos individuais conquistados ao longo de séculos de afirmação dos direitos humanos e à custa de muitas vidas e sangue derramado. Os subterfúgios para restringir os direitos constitucionais, em período em que se acredita viver em um Estado Democrático de Direito, podem ser muito mais perigosos do que rasgar escancaradamente a Constituição à vista de todos, num regime de exceção. (1)

## Notas

- (1) O texto da lei e as razões de veto podem ser obtidos no *site* [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br).
- (2) Foi esta a técnica utilizada pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, que criou os tipos penais dos chamados crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D, do Código Penal) e que também acrescentou um inciso VIII, ao art. 1º, da Lei nº 9613/98.
- (3) Ainda não há definição, por parte do Supremo Tribunal Federal, do alcance exato do inc. XII, do art. 5º da CR. Há divergência se a referência aos “dados” estaria ligada simplesmente aos dados ou à “comunicação de dados”, por meio de telemática. Sobre as possíveis interpretações, cf. **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scaranes Fernandes**. *As Nulidades no Processo Penal*, 6ª ed., São Paulo: RT, 1999, pp. 176-177.
- (4) **Fernando da Costa Tourinho Filho** (*Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 225) explica que: “*requisição é exigência legal. Requisitar é exigir legalmente. Já a palavra requerimento traduz a ideia de solicitação de algo permitido por lei*”.
- (5) **Celso Ribeiro Bastos**. *Curso de Direito Constitucional*, 16ª, ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 308.
- (6) **Sergio Marcos de Moraes Pitombo**. “O indiciamento como ato de polícia judiciária”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 577, nov. 1983, p. 314.
- (7) Não se trata, por óbvio, do mesmo sentido em que é utilizada a palavra indício, enquanto meio de prova, no art. 239 do CPP: “*Considere-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*”.
- (8) **Antonio Magalhães Gomes Filho**. *A Motivação das Decisões Penais*, São Paulo: RT, 2001, p. 175.
- (9) Há, portanto, como dizia **Carnelutti** (“*Cenni sull'imputazione penale*”, in: *Rivista di Diritto Processuale*, 1948, p. 206), uma diferença de “dose”.
- (10) CPP, art. 408 ou na própria Lei nº 9.613/1998, art. 2º, § 1º e art. 4º, *caput*.
- (11) CPP, arts. 312 e 409.
- (12) CPP, art. 126.

**Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró**  
Advogado, mestre e doutor em Direito Processual Penal pela USP, ex-consultor Jurídico do Ministério da Justiça, professor da Unitau e Unisantos e coordenador chefe do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCRIM.

## Direitos Autorais

Foi publicada a Lei Federal nº 10.695, de 1º de julho de 2003, que altera e acrescenta dispositivos ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, dando novo tratamento à violação de direitos de autor.

A mera curiosidade me levou a ler a Lei nº 10.671, de 16 de maio de 2003, batizada de “Estatuto de Defesa do Torcedor”. Tudo começou, insisto, por pura curiosidade (mesmo porque há bastante tempo o desempenho do meu time de futebol me impede de continuar a ser torcedor); e acabou na perplexidade que, despreziosamente, resolvi compartilhar, mais para suscitar o debate do que, propriamente, para firmar opinião, até porque estou torcendo muito para que este debate me faça virar a casaca em relação ao que inicialmente passo a sustentar.

A questão que me angustia é a seguinte: o Estatuto do Torcedor, em seu art. 39, definiu infração penal?

Vejamos o que dispõe, em seu *caput* e no § 1º:

“Art. 39 – O torcedor que promover tumulto, praticar ou incitar a violência, ou invadir local restrito aos competidores ficará impedido de comparecer às proximidades, bem como a qualquer local em que se realize evento esportivo, pelo prazo de três meses a um ano, de acordo com a gravidade da conduta, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

§ 1º – Incurrerá nas mesmas penas o torcedor que promover tumulto, praticar ou incitar a violência num raio de cinco mil metros ao redor do local de realização do evento esportivo”.

Lendo assim, temos a impressão de que parece uma infração penal, que veio definida de forma tímida, sem ser cominada pena privativa de liberdade, mas, de forma inovadora, apenas pena restritiva de direitos, estabelecida com a técnica da cominação específica, que foge à nossa tradição para esse tipo de pena (muito embora já se tenha assim tentado fazer recentemente, na polêmica Lei de Tóxicos, vetada em sua parte material pelo então Presidente da República).

O indício mais significativo de que se trata de uma infração penal vem logo a seguir, no § 3º do aludido dispositivo, que assim estabelece:

“§ 3º – A apenação se dará por sentença dos juizados especiais criminais e deverá ser provocada pelo Ministério Público, pela polícia judiciária, por qualquer autoridade, pelo mando do evento esportivo ou por qualquer torcedor partícipe, mediante representação”.

Aí vem, então, a perplexidade: o Juizado Especial Criminal vai “apenar” uma conduta não criminosa?

Da conjugação do § 3º com o *caput* do art. 39, a conclusão que me parece menos ilógica é no sentido de que ali está prevista uma infração penal.

Sim porque, para que esteja sob a batuta do Juizado Criminal, só em se tratando de infração penal. Difícil se supor o juiz criminal “apenando” ilícito civil!

A figura é por demais teratológica, sob todos os aspectos.

Em primeiro lugar, no que tange à conve-

niência de se criar uma infração penal sob a definição de “provocar tumulto”. Em segundo lugar, o próprio convívio dessa infração penal, no plano do concurso de crimes, com outras correlatas, como a do art. 286 do Código Penal, mostra-se promíscuo. Neste diapasão, tem-se que o concurso será real e não aparente, tendo em vista a parte final do *caput* do art. 39 em comento.

Atraíndo-se a atuação do Juizado Especial Criminal, parece-me que se haverá de aplicar todo o seu procedimento, desde o termo circunstanciado, havendo espaço obviamente para a proposta de transação penal.

Aí surge uma outra teratologia da lei. É que, como se pode ver do epígráfico § 3º do art. 39, parece ter o legislador conferido “(...) à polícia judiciária, a qualquer autoridade, ao mando do evento esportivo (sic) ou a qualquer torcedor partícipe, mediante representação” a legitimidade para, junto com o Ministério Público, “provocar” a atuação do Juizado Especial Criminal.

A propósito: quem ou o que é esse “mando do evento esportivo”, pretendo legitimado a “provocar” a atuação do Juizado?!

Em se delineando a figura como infração penal, é lógico que, por um imperativo constitucional (art. 219, I, da Constituição Federal), só o Ministério Público é quem poderá “provocar” a atuação do Juizado Criminal — leia-se: oferecer denúncia, propor a transação penal, etc. A legitimação pretensamente conferida aos demais é inconstitucional, exceto no que tange à Polícia Judiciária, mas delimitada à sua missão de confeccionar o termo circunstanciado e encaminhá-lo ao Juizado, para formar a *opinio delicti* do Ministério Público.

Qualquer outra autoridade, o tal “mando do evento esportivo” e o “torcedor partícipe” — que, por óbvio, não é o torcedor que porventura foi o autor da infração penal em destaque ou dela participou direta ou indiretamente, quer na forma do *caput*, quer na forma do § 1º — quando muito poderão formular a *notitia criminis*, dando ensejo à confecção do termo circunstanciado.

Seguindo esta linha, há uma outra questão a ser resolvida: o que se vai entender por “representação”, como colocado na parte final do malsinado § 3º? Tratar-se-ia de uma

infração penal cuja ação penal pública dependeria de representação?

Penso que não, e isto até nem faria sentido no rol dos legitimados e dos pretensos legitimados constantes do § 3º. É claro que o promotor não iria representar a ele mesmo, muito menos a autoridade policial. Só restariam o tal “mando do evento esportivo”, “qualquer autoridade” ou o “torcedor partícipe”.

Mas, antes de examinar isto, reflitamos: trata-se de um crime ou de uma contravenção? Sabe-se que a classificação é orientada pelo art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal que, todavia, não aborda uma infração penal punida apenas com pena restritiva de direitos *stricto sensu*. Por uma questão de bom senso, penso que a analogia recomenda que classifiquemos esta monstruosa figura criada pelo art. 39 da Lei nº 10.671/03 como contravenção penal, já que não é cominada pena privativa de liberdade, não havendo por que classificá-la, em virtude disto, como crime. *Lato sensu*, a multa — que pode vir isoladamente punindo uma contravenção — não deixa de ser uma pena restritiva de direitos e, neste contexto, uma infração penal punida apenas com outra pena restritiva de direitos deve ser tida como contravenção.

Partindo desta ordem de idéias, podemos afirmar que a expressão “representação” acima destacada não foi empregada em seu sentido técnico, posto que todas as contravenções são de ação penal de iniciativa pública incondicionada, devendo ser entendida a tal representação como notícia crime, quando apresentada por “qualquer autoridade”, pelo “torcedor partícipe” ou pelo tal “mando do evento esportivo” (se conseguir fazê-lo).

Essas as primeiras impressões que tenho a ousadia de registrar, repito que mais para suscitar o debate, confessando de antemão que torço muito para virar a casaca e poder acreditar que não se trata de uma infração penal, mas uma comissão ao Juizado Criminal da tarefa de distribuir seus serviços sociais a ilícitos civis. ●

**Marcelo Lessa Bastos**

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, professor de Direito Penal e de Processo Penal da Faculdade de Direito de Campos e mestre e especialista em Direito Público

## Mesas de Estudos e Debates

Será realizada no dia 28 de agosto, às 9:30 hs, mesa sobre “Porte de Armas e o Estatuto do Desarmamento”, com a participação do juiz **Benedito Roberto Garcia Pozzer** e do diretor-executivo do “Instituto Sou da Paz”, **Denis Mizne**.

O evento ocorrerá na sede do **IBCCRIM** (2º andar), e as inscrições já podem ser realizadas na seção de eventos, pelo telefone 3105-4607, ramais 153 ou 144, ou pelo e-mail: [eventos@ibccrim.org.br](mailto:eventos@ibccrim.org.br)

Participem!!!

# DEBATE SOBRE DISCRIMINAÇÃO DE RAÇA E GÊNERO NA JUSTIÇA CRIMINAL

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

No último dia 26 de junho, contando com a presença de sociólogos e operadores do direito, ocorreu no auditório do **IBCCRIM** a quarta *Mesa de Estudos e Debates*, tendo como objetivo a discussão acerca de discriminação de raça e gênero na Justiça Criminal, a partir de pesquisa realizada pela Fundação SEADE, que contou com a cooperação técnica do *Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM* e com financiamento da Fapesp<sup>(1)</sup>.

Essa pesquisa, segundo o que foi exposto naquela manhã por **Alessandra Teixeira**, coordenadora do *Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM*, objetivou a reconstrução da trajetória dos indivíduos que entram no sistema da justiça criminal de São Paulo até a execução penal. Para isso, foram utilizados os bancos de dados do Sistema de Informações Criminais, gerenciados pela Prodesp (Companhia de Processamento de Dados do Estado de São Paulo), que são alimentados pela Secretaria de Segurança Pública, pelo Tribunal de Justiça e pela Secretaria de Administração Penitenciária, chegando tal pesquisa, portanto, em termos quantitativos, próximo à totalidade dos registros criminais no Estado de São Paulo, o que garante, de certa forma, o seu ineditismo.

Analisando então o processamento dos delitos de roubo nos anos de 1991 a 1998 e trabalhando com as variáveis cor da pele e sexo, essa pesquisa revelou que, no transcorrer do processo, ocorre um movimento antagônico entre negros e brancos: ao longo do processo, os negros aumentam sua participação (representavam 43,56% dos indiciados e 46,66% dos executados), enquanto os brancos diminuem sua representação (perfaziam 55,16% dos indiciados e terminavam com 52,46% dos condenados em execução). E, entre as mulheres, esse movimento oposto se mostra ainda mais acentuado, visto que as negras representavam 42,28% das indiciadas e terminavam como 49,77% das condenadas, enquanto as brancas representavam 55,95% das indiciadas e 49,46% das condenadas em execução.

Constatou-se, ainda, que o tempo médio de duração do processo do negro é mais exíguo do que o prazo para os brancos (339 dias para homens negros e 300 para mulheres negras, enquanto para homens brancos o processo durava em média 371 dias e 406 dias para mulheres brancas), o que indica, possivelmente, que os negros respondem ao processo presos cautelarmente.

Por fim, foi verificado que os homens e mulheres negros têm o inquérito policial se iniciando, proporcionalmente, mais por prisão em flagrante delito do que por portaria, enquanto a maioria dos brancos é indiciada por portaria, em uma realidade, portanto, inversa à dos negros.

Diante de tais constatações, a exposição que se seguiu e o debate que se travou giraram em torno dos fatores que deveriam ser levados em consideração para explicar o funcionamen-

to desigual e antagônico da justiça criminal.

**Jacqueline Sinhoretto**, uma das expositoras, colaboradora da referida pesquisa, trouxe ao debate os estudos realizados, a partir da década de 90, pelo sociólogo **Antonio Sérgio Alfredo Guimarães**, que se dedica à problemática das relações raciais<sup>(2)</sup>. Segundo o sociólogo, o ideário anti-racista se entranhou na maneira de ser brasileira e o Brasil sempre se apresentou como uma nação anti-racista, um lugar onde impera a democracia e harmonia racial e onde não há violência racial. Por isso, o brasileiro prefere falar em preconceito, como atitude individual equivocada, à discriminação. Mas o racismo, ao invés de se reduzir ao racialismo, comporta, segundo **Antonio Sérgio Guimarães**, três dimensões: (i) a própria concepção de raças biológicas, que se identifica com o racialismo, (ii) a atitude moral de tratar diferentemente membros de diferentes raças e (iii) a posição estrutural de desigualdade social entre as raças, oriunda deste tratamento. A redução do anti-racismo ao anti-racialismo, como ocorreu no Brasil e por tal foi criticada pelo movimento negro, encobriu, durante anos, o problema discriminatório brasileiro. Hoje, portanto, não se pode negar que as desigualdades raciais abarcam, fundamentalmente, as desigualdades de oportunidade e de tratamento.

Visando a problematizar e discutir o tema, o expositor **Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior** considerou, primeiramente, que a discriminação, constatada no âmbito da administração da Justiça pela pesquisa, esteja possivelmente disseminada na sociedade e daí tenha advindo para o âmbito do Judiciário. Consoante dados do IBGE, trazidos à baila pelos participantes do encontro, a mulher negra encontra-se em extrema desvantagem na sociedade, pois recebe o pior rendimento médio mensal em relação aos homens brancos<sup>3</sup> e essa desigualdade evidentemente passa para o processo. O expositor lembrou que o policial procura sempre quem tem “cara de prontuário policial”, conforme expressão cunhada por **Zaffaroni** e, nesse jogo de encaixe, acaba exercendo o preconceito, que se transporta para o sistema de justiça. Além disso, ponderou que os juízes, em sua maioria, provêm da classe média e são brancos, e, segundo essa formação, podem tender a condenar o sujeito “diferente”, que não é oriundo do mesmo estrato social e que, nessa qualidade, supostamente ameaça a ordem que o juiz preza e mantém, o que se torna um mecanismo perverso de exclusão social.

Os participantes atentaram, ainda, que a anotação do dado “cor” nos prontuários é feita pelo policial que registra a ocorrência, sendo depois realimentada ao longo do processo, e o sistema Prodesp e o Judiciário trabalham com essa informação, representando sua atuação dessa forma. Além disso, o próprio crime de roubo, delito contra o patrimônio, é discrimina-

tório em si mesmo e, de forma surpreendente, é o que apresenta os registros de dados mais completos na Prodesp, o que revela, antes de tudo, o próprio objeto de preocupação do Estado.

Ressentiu-se, ainda, do fato de a Prodesp não dispor de dados acerca da denúncia, o que daria uma ótima noção de afunilamento que se faz da passagem do inquérito policial para a segunda fase da persecução penal, e que permitiria constatar se o movimento antagônico entre brancos e negros, que é verificado ao fim, no processo de execução, estaria ou não presente nessa etapa do procedimento.

Por fim, segundo visão do expositor, com a concórdância e intervenção de muitos dos participantes do debate, a pesquisa também permite leitura a partir da deficiência de defesa. Isso porque o processo dos negros e das mulheres negras mais ainda, demora menos (a maior diferença está no tempo médio do processo para a mulher branca — 406 dias — e para a mulher negra — 300 dias). E, se é mais difícil vincular o tempo do processo à questão da prisão, por falta de dados, pode-se facilmente relacioná-lo à dificuldade e deficiência da defesa. O negro fica em desvantagem processual, pois tem maior dificuldade para conseguir advogado, estabelecer contato com testemunhas, obter provas para colocá-lo em melhor situação no processo em que está sendo acusado, ter acesso a recursos. Ademais, a inexistência de Defensoria Pública no Estado colabora para a deficiência da defesa, visto que o acusado somente pode contar com defensor dativo depois do seu interrogatório em juízo, o que limita, ou mesmo impossibilita, a sua defesa.

Com razão. De fato, sem assistência de advogado, legalmente habilitado, zeloso e competente, na real defesa dos interesses de sua liberdade jurídica durante todo o correr do inquérito policial, resta ao acusado aguardar, sem que nenhuma prova seja requerida e/ou produzida em seu favor, a conclusão das investigações, procedimento este que pode se estender por anos, e depois ainda a remessa dos autos a juízo para, apenas se denunciado e depois de interrogado, poder enfim contar com a assistência profissional de advogado, já na segunda fase do procedimento da persecução penal. Sua defesa efetiva, contudo, porque tardia, poderá já estar comprometida.

Enfim, o debate interdisciplinar foi enriquecedor. Tais pesquisas, críticas, instigam os operadores do direito, em suas práticas diárias, a procurar desenvolver uma cultura jurídica mais democrática, em tutela dos direitos fundamentais de todos os indivíduos. ◉

## Notas

(1) Os resultados dessa pesquisa podem ser conferidos no trabalho: “Mulheres negras: as mais punidas nos crimes de roubo”, **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, ➔

São Paulo, ano 11, nº 125, *Encarte do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM/Fundação SEADE*, abril 2003. Ainda, comentando tal pesquisa, cf. **Renato Sérgio de Lima, Alessandra Teixeira e Jacqueline Sinhoretto**, “Raça e gênero no funcionamento da Justiça Criminal”, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, nº 125, *Encarte do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM/Fundação SEADE*, abril 2003.

- (2) Cf., do autor, os livros *Racismo e Anti-Racismo no Brasil*, São Paulo, Editora 34, 1999 e *Classes, Raças e Democracia*, São Paulo, Editora 34, 2002 e o artigo “Raças e os estudos de relações raciais no Brasil”, *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, nº 54, pp. 147-156, jul. 1999.
- (3) **Renato Sérgio de Lima, Alessandra Teixeira e Jacqueline Sinhoretto**, “Raça e gênero no funcionamento da Justiça Criminal”, *Boletim*

*do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, nº 125, *Encarte do Núcleo de Pesquisas do IBCCRIM/Fundação SEADE*, abril 2003.

**Marta Cristina Cury Saad Gimenes**  
Advogada, mestre em Processo Penal pela USP e coordenadora adjunta do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM

Marta C.C.S.G.

Alexandra Szafir

## EM DEFESA DO DIREITO DE DEFESA

Alexandra Szafir

Recentemente, a mídia (leia-se *Jornal Nacional*) divulgou conversa, gravada clandestinamente, entre o advogado **Clóvis Sahione** e seu cliente, o qual estava prestes a fornecer material para realização de perícia grafotécnica.

O advogado orientava o cliente a disfarçar a letra, modificando alguns caracteres, aparentemente com o fim de obter um resultado negativo, ou, ao menos, inconclusivo na referida perícia. Em razão disso, como é tristemente costumeiro, um grande espetáculo se formou. Instaurou-se processo ético-disciplinar pela Ordem dos Advogados do Brasil para apurar a conduta do advogado, todos se dizem chocados, etc., etc.

Verdadeiro show de hipocrisia!

De fato, houve inadmissível ilegalidade, mas não praticada pelo advogado, que não cometeu qualquer infração, seja ela de natureza penal, civil, ou mesmo ética.

Como qualquer pessoa sabe — ou deveria saber — o réu, em processo penal, tem o **direito** de mentir para se defender. Não responde por falso testemunho se assim o fizer. Ninguém está obrigado a fazer prova contra si. É o que, no direito anglo-saxônico, chama-se de *right against self incrimination*, consagrado também em nosso ordenamento jurídico.

Da mesma forma, e justamente por esta razão (não-obrigatoriedade de se fazer prova contra si mesmo), aquele que tem contra si um mandado de prisão e, abordado pela autoridade policial, invoca para si falsa identidade, com o único fim de evitar a prisão, também não responde pelo crime previsto no art. 307 do CP. Há respeitabilíssima jurisprudência a esse respeito. Nesse sentido, cite-se, por exemplo, decisão da relatoria do eminente juiz **Ary Casagrande**, na Apelação Criminal nº 1.043.343/1 (j. 10.3.1997, *RJLACrim*35/150 e *RT*746/610, *apud: Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, **Alberto Silva Franco** e outros, 7ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, vol. 2, p. 3.793). No aresto, salienta-se que “... aos acusados em geral não é exigido dizer a verdade sobre qualquer aspecto da causa (...)” . No mesmo sentido, decisão da lavra do ilustre desembargador **Gentil Leite** (RT511/402, *apud: Código Penal...*, ob. cit., p. cit.), segundo a qual “... é comum a troca de nomes de acusados com passagens na Polícia e na Justiça, constituindo uma espécie de autodefesa, fato esse atípico”. Na mesma linha, ainda, magnífica decisão em que foi relator o ilustre juiz **Rui Stoco** (RT754/645), e muitas outras. Na verdade, isso nada mais é do que uma extensão do direito de mentir para

se defender, ou seja, mais uma vez se reafirma que ninguém está obrigado a se auto-incriminar.

Quando se trata de fornecer material gráfico do próprio punho para perícia, obviamente, o raciocínio só pode ser o mesmo. Aquele que pode ser incriminado, caso o resultado da perícia seja positivo, tem todo o direito de alterar sua caligrafia para tentar se defender. Mais uma vez, vigora o princípio de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si próprio.

A esse respeito, discutindo exatamente o fornecimento de material para perícia grafotécnica, o Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, em decisão da relatoria do eminente ministro **Ilmar Galvão**, já decidiu que ninguém está obrigado a fornecer material para realização de tal perícia, pois “(...) a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa” (HC nº 77.135-8, j. 8.9.1998, *RDJDF* e *Ter.* 58/115, *apud: Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, **Alberto Silva Franco** e outros, 7ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, vol. 2, pp. 3.635/6 — grifos nossos).

**Clóvis Sahione** é advogado de defesa. Como tal, tem obrigação de exercer tal defesa de forma ampla (o que, aliás, é bom lembrar, é garantia constitucional), incluindo-se aí, evidentemente, orientar seu cliente sobre seus direitos e qual a conduta a ser tomada para evitar a auto-incriminação.

Não fosse assim, aí sim estaria ele cometendo a infração disciplinar prevista no art. 34, inc. IX, do Estatuto da OAB (prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio), por não estar orientando seu cliente corretamente sobre seus direitos, ou seria, no mínimo, péssimo advogado.

Repita-se: **Clóvis Sahione** é advogado de defesa; não é policial, não é juiz, não é membro do Ministério Público. Pode e deve defender quem quer que seja — até mesmo culpados, como dispõe o art. 21 do Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil — e nem por isso tem qualquer obrigação de fazer com que seus clientes colaborem na apuração da verdade. Sua obrigação, única, é a de defender seu cliente com todos os recursos legais disponíveis. E, remarque-se, é absolutamente legal que o investigado altere sua caligrafia para buscar evitar a incriminação.

Que os leigos, manipulados pela mídia, clamem por punição, apontem os dedos para o advogado, colaborando para disseminar a imagem do advogado de defesa como “chicaneiro”, até se pode entender. Afinal, no famigerado episódio “Chico Lopes na CPI”, também houve quem quisesse dar voz de prisão ao advogado que orientou seu cliente a exercer seus direitos. Mas a Ordem dos Advogados do Brasil deveria levantar-se em defesa do advogado, que agiu como devem agir os advogados de defesa e teve sua conversa particular com o cliente ilegalmente gravada e divulgada, e não instaurar um processo ético-disciplinar contra ele, satisfazendo à chamada “opinião pública”!

E aí, chega-se à ilegalidade realmente cometida, a gravação e divulgação desautorizadas de uma conversa particular entre o advogado e seu cliente. Se o simples fato de se ter instaurado processo quando, na verdade, a OAB deveria ter saído em defesa do advogado (afinal, como se viu, este não cometeu qualquer infração, mas apenas cumpriu seu dever), já é gravíssimo, tudo se torna ainda mais grave quando se percebe que o referido órgão não parece ter tido a mínima preocupação com o fato de tudo ter se iniciado com base em gravação e divulgação ilícitas, as quais violaram não apenas o direito à intimidade previsto na Constituição (art. 5º, X), como o sigilo específico das comunicações entre o advogado e seu cliente (o art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil assegura ser **direito** do advogado ter respeitada, “... em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade (...) de suas comunicações”); o mesmo sigilo é imposto como obrigação no art. 25 do Código de Ética!

Causa espanto, portanto, que a OAB tenha dado início a processo ético-disciplinar, pois a violação do sigilo, por si só, já deveria ser suficiente para se cortar pela raiz qualquer iniciativa de processo contra o advogado, ainda que infração houvesse (a Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LVI, também afirma serem inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos) — e, como se viu, não há...

É curioso, portanto, que não se tenha ouvido uma única voz pedindo punição para quem, ilegalmente, gravou e divulgou a conversa privada entre o advogado e seu cliente... Isso, sim, é gravíssimo. Triste época a que vivemos, triste inversão de valores... ☹

**Alexandra Szafir**  
Advogada em São Paulo

# AMBIVALÊNCIA DO CRIME

Selma Santana

São por todos conhecidos, se não, quando menos, imaginados, o estado emocional e a sensação psicológica decorrentes da notícia da prática de uma conduta criminoso, ou, pior, da dolorosa vivência de uma experiência de vitimização provocada por condutas dessa espécie.

É que são irrecusáveis os efeitos socialmente disfuncionais do crime: além de atingir os bens jurídicos e de pôr em questionamento os valores sobre os quais se assenta a sociedade, o crime potencializa os índices de medo, angústia e desconfiança, e dificulta a interação e o convívio sociais.

Longe de uma postura que possa ser estigmatizada como apologia às práticas criminosas, e atenta, tão-somente, a aspectos de índole sociológica e criminológica, podemos, através de um raciocínio dialético e com base em estudos já realizados, concordar que não se pode mais visualizar as relações entre o crime e a sociedade em termos unicamente unilaterais, atendendo, somente, a representação da natureza negativa, disfuncional ou destrutiva do crime, aumentando, cada vez mais, a atenção para a relatividade desse entendimento.

Ao contrário, levando em conta que o crime constitui uma característica invariável da ordem social, é hoje pacífica a idéia de uma possível funcionalidade, a ponto de se perquirir, como o faz **Figueiredo Dias**, “*a que tipo de necessidades sociais responde o universo criminal, que serviços presta à ordem social*” (in: *Criminologia*).

A idéia da funcionalidade do crime, ou *deviance*, já foi concebida, no passado, por estudiosos como **E. Durkheim** (“*O crime desperta e une as consciências*”), **George Mead** (“*O delinqüente é responsável por um sentimento de solidariedade que desperta entre aquelas cuja atenção se dispersaria, de outro modo, por interesses bastante divergentes... A atitude de hostilidade para com o infrator tem a vantagem de unir todos os membros da coletividade*”) e **Marx** (“*O criminoso produz uma impressão, ora moral ora trágica, e presta um serviço desenvolvendo os sentimentos morais e estéticos do público... interrompe a monotonia e a segurança da vida burguesa... protege-a da estagnação e estimula aquela tensão constante, aquela mobilidade de espírito sem as quais o próprio estímulo da competição se perderia*”).

Numa abreviada síntese, apontaremos alguns defeitos positivos do crime, chamando a atenção, contudo, para a existência de um universo maior de hipóteses que não é, porém, marcado pela consensualidade.

## O crime como válvula de escape

O crime contribui para a estabilidade das instituições, na medida em que evita a acumulação de sentimentos como as frustrações, ao permitir a satisfação de necessidades “ilegítimas”, ou ao criar meios “ilegítimos” para atender à escassez dos meios legítimos. Acrescente-se, ainda, nesse contexto, o fato de que a sociedade incumbe aos criminosos a tarefa de realização de atividades ilegais ou imorais, mas que correspondem a necessidades consideradas coletivas.

O exemplo da prostituição pode auxiliar a uma melhor compreensão. Acentua-se, na Sociologia moderna, que essa atividade não possui, apenas, uma eficácia negativa, vista sob o prisma da moral sexual e dos valores tradicionais da família. A prostituição tem uma função positiva em relação a esses mesmos valores, valendo como uma válvula de escape, ao permitir a satisfação sexual “ilegítima”, que evita as tensões que podem ameaçar a estabilidade da família.

Considerações semelhantes se poderiam fazer a propósito do tráfico de drogas, que chega a oferecer estruturas alternativas de ascensão e mobilidade social, muitas vezes articuladas com as estruturas legais, como ordinariamente temos assistido na realidade brasileira.

## O crime como fator de coesão e solidariedades sociais

Sob uma segunda perspectiva — o crime como fator de coesão e solidariedade sociais —, o crime desperta as consciências individuais e as une em torno de um valor jurídico ou de uma maneira de ver a sociedade. Todo criminoso, através de seu comportamento, permite que o grupo reafirme sua identidade social e moral.

Como já afirmava **Mead**, o criminoso é uma espécie de inimigo interno que, à semelhança do inimigo externo, reforça a solidariedade social. A hostilidade contra o infrator tem a vantagem de unir todos os membros da coletividade na solidariedade emocional provocada pela agressão. O criminoso desencadeia um sentimento de responsabilidade despertado entre as pessoas cuja atenção, noutras circunstâncias, se dispersaria por interesses diversificados.

Convém, apenas, chamar à atenção, como lembra **Costa Andrade** (in *A Vítima e o Problema Criminal*), que esses efeitos de coesão e solidariedade sociais poderão decorrer tanto de uma rejeição coletiva do delinqüente, quanto, excepcionalmente, de sua tolerância, ao se ter em vista, por exemplo, o apoio a grupos de criminosos como forma de resistência a outros grupos, com os quais se encontram em conflito.

## O crime proporciona a clarificação, afirmação, manutenção e, em certos casos, a modificação e o ajustamento do sistema normativo

Toda vez em que há uma reação da sociedade no sentido de censurar um ato criminoso, está latente, nessa conduta, uma busca do reforço da autoridade e uma manifesta colocação dos limites comportamentais do grupo social. Ademais, o crime pode funcionar, também, como sinal da necessidade de ajustamento normativo, na medida em que, por exemplo, evidencia que determinados comportamentos considerados criminosos passaram a ser absorvidos e aceitos socialmente, deixando claro o relativismo, se não a inexistência da contrariedade daquela conduta à ordem social.

## O crime a serviço da legitimação e da imposição da ordem

Toda a realidade social é precária. Essa precariedade torna-se visível, quando tudo aquilo que legitima a ordem social é ameaçado ou entra em colapso, surgindo daí o forte receio de que o indivíduo deixe de respeitar as normas sociais. Considerando que o criminoso, e tudo que ele representa, seja um dos símbolos mais paradigmáticos do medo de que os demais indivíduos deixem de atender às normas sociais, faz que o seu internamento, ou prisão sejam essenciais no teatro de legitimação da ordem social.

Desde a Idade Média, os dias de execuções penais se convertiam em cerimônias de consagração do Poder; e hoje, de forma semelhante, ao se punir formalmente o delinqüente e, até ao expô-lo a cerimônias de degradação moral, de irresistíveis efeitos, sobretudo através da mídia, além de repetir-se a mesma estratégia do Poder, busca-se atingir e moldar, tanto quanto possível, o maior número de indivíduos, o que é, no fundo, forma difusa de controle da ordem social.

O crime desempenha, assim, ambivalentemente, de forma oblíqua e indireta, um relevante papel funcional social. ◉

## Bibliografia

- ANDRADE, Manuel da Costa**, *A Vítima e o Problema Criminal* (Separata do Volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 1980;
- BOX, S.**, *Deviance, Reality & Society*, London: Halton, Reinhardt & Winston, 1971;
- COHEN, A.**, *Transgressão e Controle*, São Paulo: Pioneira Editora, 1968;
- CONKLIN, J.**, *The Impact of Crime*, New York: MacMillan, 1979;
- DIAS, Jorge de Figueiredo/ ANDRADE, Manuel da Costa**, *Criminologia- O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena*, 2ª Reimpressão, Coimbra Editora, 1997;
- DURKHEIM, E.**, *As Regras do Método Sociológico*, Lisboa: Editorial Presença, 1980;
- MAYS, J.B.**, *Crime and the Social Structure*, London: Faber and Faber, 1963.

Selma Santana

Promotora de Justiça Militar da União, mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e professora das Faculdades Jorge Amado, Salvador (BA)

## Seminário do MP Democrático

Será realizado entre os dias 12 e 13 de agosto de 2003, na Universidade Metodista de São Paulo, em São Bernardo do Campo, o **Seminário Multidisciplinar Internacional de Direitos Humanos e Responsabilidade Penal Juvenil**.

Informações e inscrições para profissionais através do tel: (11) 3106.9680 - MPD; ou para estudantes através da Universidade Metodista de São Paulo - tel: (11) 4366.5880.

Texto do relatório apresentado pelo Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal à reunião anual de Paris em 6 de junho

## O Grupo Brasileiro da AIDP

O Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (GB-AIDP) é composto por estudiosos e profissionais do Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Penitenciário. São professores, advogados, magistrados, membros do Ministério Público e demais profissionais das Ciências Criminais de vários Estados brasileiro e com grande atividade profissional e intelectual.

No seio da AIDP, o Grupo Brasileiro sempre teve posição de relevo, com a atuação de eminentes professores, como os ex-presidentes **Roberto Lyrae**, **Heleno Cláudio Fragoso**. Basta lembrar que o XV Congresso Internacional de Direito Penal, o único já realizado no continente americano, foi o maior de sua história, com o comparecimento de 1.200 participantes, e se deu em 1994, no Rio de Janeiro.

A importância do Grupo Brasileiro, durante os últimos quinze anos, muito se deveu à atuação dedicada e eficiente do professor **João Marcello de Araújo Jr.**, secretário-geral do Grupo, secretário-geral adjunto da AIDP e membro honorário da Associação. Tanto assim que recebeu a bela e merecida homenagem do professor **Reynald Ottenhof**, professor da Universidade de Nantes (França), publicada na *Carta Informativa da AIDP*.

## Sede própria

O GB-AIDP já possui uma sede própria para desenvolver suas atividades e reuniões. Esse local de trabalho fica numa das dependências da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), em ponto central da cidade.

## Atividades do Grupo

Neste ano de 2003 foi criado o *site* institucional do GB-AIDP, [www.aidpbrasil.org.br](http://www.aidpbrasil.org.br), onde também podem ser acessados artigos dos membros.

Realizou-se em abril de 2002, no Rio de Janeiro, um Colóquio Internacional sobre o tema *Trafficking in Women and Children*, Tráfico de Mulheres e Crianças, que contou com 109 participantes, incluindo estrangeiros. O relatório foi elaborado pelo professor **Damásio de Jesus**, e publicado pela Editora Saraiva, em 2003, ISBN nº 8502041789. Coube à professora **Ela Wiecko Volkmer de Castilho**, a exposição acerca da legislação e os movimentos internacionais contra esse tipo de criminalidade. O presidente **Cherif Bassiouni**, foi apresentado pelo professor **René Ariel Dotti** que fez a leitura de seu discurso de abertura do evento e saudação aos participantes.

Com relação aos colóquios preparatórios, o Grupo Brasileiro enviou relatório e participou através de seu vice-presidente, professor

**Sérgio Salomão Shecaira**, do colóquio preparatório sobre a *Responsabilidade Penal de Menores*, em Viena (Áustria); da mesa-redonda sobre *Cyber Crimes* em Atenas (Grécia), e já enviou Relatório Nacional para o colóquio preparatório sobre *Concorrência entre Jurisdição Nacional e Internacional e o Princípio do Ne Bis In Idem*, que será realizado em Berlim, em junho de 2003. Os colegas **Carlos Eduardo Japiassú** e **Luciana Boiteaux**, tiveram atuação destacada nos colóquios preparatórios de Viena e Atenas, respectivamente.

O noticiário do GB-AIDP, além de estar disponível no *site*, está também sendo publicado no **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)**.

O GB-AIDP conta atualmente com 42 associados em dia com o pagamento da anuidade.

Não são poucos os desafios a enfrentar pelo Grupo Brasileiro, mas estamos certos de que o nosso trabalho será recompensado com os resultados de dele advirão.

## A morte de Evandro Lins e Silva

**Evandro Lins e Silva**, foi o mais antigo advogado em exercício no mundo e reconhecido como o *Criminalista do Século*. Nascido no Piauí (1912) e falecido no Rio de Janeiro (dezembro/2002), ele exerceu relevante funções na vida pública: procurador-geral da República, ministro das Relações Exteriores, chefe da Casa Civil do Governo João Goulart e ministro do Supremo Tribunal Federal.

Cassado por ato de arbítrio da ditadura militar em 1969, perdeu a toga que honrou sob o pretexto paradoxal e não declarado: aplicava rigorosamente a Constituição e a lei nos processos criminais contra perseguidos políticos e ideológicos, principalmente nos *habeas corpus* concedidos a personagens famosos da vida nacional, como o ex-governador de Pernambuco, **Miguel Arraes**.

Voltando à Advocacia Criminal, **Evandro Lins e Silva** defendeu causas de grande ressonância popular e com impecável desempenho humano e ético. Nos últimos anos, foram brilhantes as suas atuações no processo de *impeachment* do ex-presidente Collor (em favor da ABI e da OAB) e na defesa, perante o Tribunal do Júri, de **José Rainha**, líder do MST e acusado de homicídio.

Nos 70 anos de vida dedicada ao Direito e à Justiça, o ministro **Evandro Lins e Silva** passou incólume em suas convicções e em seus ideais, atravessando o *rubião* da doutrina fascista da ditadura Vargas (1937-1945), como defensor dos acusados do famigerado Tribunal de Segurança Nacional; e da intolerância ideológica do regime militar (1964-1985), como magistrado do Supremo Tribunal Federal (1963-1969). A sua linha de atuação na mais alta judicatura do País se caracterizou pela dimensão humana dos julgados criminais e pela extraordinária coragem cívica nos processos por “crimes” de opinião e de manifestação do pensamento.

## A eleição da nova diretoria

Após a morte do ministro **Evandro Lins e Silva**, na Assembléia realizada em 16 de maio de 2003, foi eleito novo Conselho de Direção, bastante renovado em relação aos anteriores. Foi criada uma seção para jovens penalistas, que deverá ser o canal para que os mais moços também possam ingressar em nossa associação.

O que se pretende com essas mudanças é a ampliação das atividades, em matéria penal, para um grupo cada vez maior de operadores do Direito, trazendo para o Brasil os estudos e debates sobre os temas mais recentes e atuais, integrando cada vez mais a comunidade jurídica brasileira à internacional.

Assim está composta a diretoria do GB-AIDP: presidente: prof. **René Ariel Dotti**; vice-presidente: prof. dr. **Sérgio Salomão Shecaira**; secretário geral: prof. dr. **Nilo Batista**; secretário geral adjunto: prof. dr. **Carlos Eduardo Japiassú**; diretora tesoureira: prof. ms. **Luciana Boiteaux**; diretor secretário: prof. ms. **Fernando Augusto Fernandes**; diretora de comunicação: prof. ms. **Ana Paula Zomer Sica**; diretoria de jovens penalistas: prof. ms. **Christiano Fragoso**.

Na mesma Assembléia foram ainda nomeados membros regionais: **Ela Wiecko Volkmer de Castilho** (Brasília), **Marcelo Leonardo** (MG), **Cezar Roberto Bitencourt** (RS) e foi indicado o sr. **Alain Cole** como cônsul honorário do GB em Paris.

## Movimento Antiterror

O GB-AIDP está participando de um movimento nacional, liderado por professores de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Penitenciário, por advogados, magistrados, membros do Ministério Público que lutam contra a multiplicação das leis criminais propondo o arbitrário aumento da pena de prisão e a redução das garantias processuais. Já foi divulgada em todo o Brasil a *Carta de Princípios*, com os fundamentos desse movimento, que sustenta a necessidade de se cumprir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

## Eventos programados para 2003/2004

Vários eventos científicos (conferências, seminários, painéis, etc.) estão sendo preparados pelo GB-AIDP para o segundo semestre de 2003 e os primeiros meses do próximo ano, tendo em vista a realização do Congresso de 2004.

## Campanha para aquisição de novos associados

Uma importante iniciativa foi adotada pela nova Diretoria. Trata-se da criação de representações regionais em várias partes do Brasil. Além de professores de Direito, o GB-AIDP contará com um grande número de advogados, membros do Ministério Público e magistrados. ●

**René Ariel Dotti**  
Presidente do Grupo Brasileiro

## UM PONTO DE VISTA SOBRE AS PROPOSTAS DE TRANSAÇÃO PENAL QUE REVERTAM EM BENEFÍCIO AO ESTADO

José Ademir Campos Borges  
Fernando Célio de Brito Nogueira

A troca de experiências da prática forense nas mais diversas comarcas do Estado, em decorrência da aplicação da Lei do Juizado Especial Criminal, tem revelado a formulação e aceitação de muitas propostas de transação penal que revertem em bens destinados a equipar os órgãos estatais incumbidos de atacar o crime, iniciativas que têm arrancado elogios principalmente dos membros das repartições beneficiadas.

E essa prática se tornou tão comum nas mais diferentes localidades, que algumas instituições encaminham ofícios ao Ministério Público, sugerindo que as propostas de transação se revertam neste ou naquele benefício, normalmente bens necessários àquelas repartições.

Sem intuito de fazermos as vezes de paladinos da ética ou mesmo da legalidade, não nos parece adequada a formulação de propostas de transação penal que imponham ao autor do fato definido em lei como crime ou contravenção penal a obrigação de reverter bens ou valores ao Estado.

Exemplos: entregar o autor do fato às suas expensas computador ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público, ainda que para a utilização de funcionários; entrega de combustível, suprimentos, canoa ou motor de popa à Polícia Florestal; máquina fotográfica digital à Polícia Civil, etc.

Não se tenha como paradigma para tais propostas a incorporação de bens utilizados no tráfico de entorpecentes ao Estado, em decorrência de condenação definitiva por crime dessa natureza, nos termos do art. 34, da Lei Federal nº 6.368/76.

Nossa divergência se manifesta porque o conteúdo dessas propostas compromete ainda mais a já combalida autoridade moral do Estado incumbido de prevenir e reprimir crimes.

Compromete, também, irremediavelmente, a equidistância e imparcialidade que devem existir, inicialmente por parte do Poder Judiciário, e em seguida por parte do Ministério Público, na composição da lide penal.

Além disso, tais propostas trarão indisfarçável questionamento ao autor do fato, a partir do momento em que a “pena” a ele proposta (e o art. 76 da Lei do Juizado Especial Criminal fala impropriamente em “pena” quando poderia falar em “medida” a ser transacionada, reservando-se ao termo “pena” o sentido estrito que lhe cabe, como resultante única e exclusivamente de sentença condenatória) consistir na reversão de algum proveito

patrimonial ao Estado ou seus agentes (mesmo em se tratando de proveito que terá estrita utilização funcional).

A proposta — na visão e interpretação do autor do fato —, poderá não estar muito distante de um pedido de favorecimento indevido à custa exatamente da infração penal por ele praticada e de sua posição de *quase-réu* naquele momento, pois ocasiões haverá em que, se não aceitar a proposta de transação penal, o autor do fato será denunciado.

E ele então poderá se perguntar: mas que Estado é esse que a pretexto de punir (e a medida transacionada aceita, subjetivamente, muito comumente é vista como uma “punição” negociada ou barganhada), me obriga a equipá-lo, quando isso deveria ser feito com os impostos pagos pelos cidadãos em geral?

Claro que não devem ser vistas dessa mesma forma as propostas de transação penal que revertem em prol de entidades assistenciais sem fins lucrativos e que, em sua grande maioria, com poucos recursos e em silêncio, desenvolvem significativos trabalhos comunitários em benefício dos que menos têm. Mesmo porque a prestação pecuniária a entidades públicas ou a entidades privadas com destinação social tem expressa previsão legal no art. 45, do Código Penal, quando dispõe no que consiste referida prestação pecuniária.

Não foi intuito do legislador alcançar os órgãos do Estado incumbidos de reprimir e prevenir crimes, ao prever essa prestação pecuniária em prol de “entidades públicas”. Por entidades públicas visadas naquele artigo, entendam-se todas aquelas que prestem serviços de alcance social, como hospitais, asilos, creches, escolas públicas, etc. São entidades totalmente estranhas ao procedimento de apuração das infrações submetidas ao Juizado Especial Criminal. ●

José Ademir Campos Borges  
Fernando Célio de Brito Nogueira  
Promotores de Justiça em Barretos (SP)

### Novos Professores

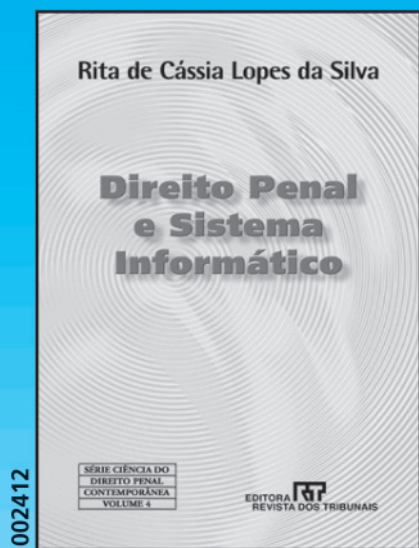
O IBCCRIM cumprimenta seus colaboradores **Renato de Mello Jorge Silveira**, **Janaína Paschoal** e **Maurício Zanoide de Moraes** pelo recente ingresso, por concurso público, no quadro de professores da Faculdade de Direito da USP.

José Ademir Campos Borges e Fernando Célio de Brito Nogueira

## Entidades que assinam o Boletim:

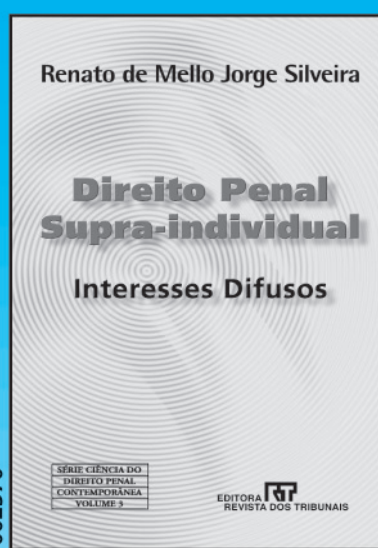
- **AMAZONAS**
  - Associação dos Magistrados do Amazonas
  - Ministério Público do Estado do Amazonas
- **CEARÁ**
  - Associação Cearense de Magistrados
  - Associação Cearense do Ministério Público
- **DISTRITO FEDERAL**
  - Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE
  - Associação dos Magistrados 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 - (Asmego)
- **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
- **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
  - Veredicto Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

# Série Ciência do Direito Penal Contemporânea



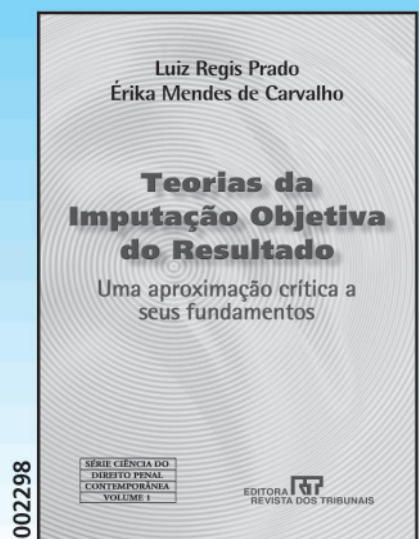
002412

brochura • 142 páginas



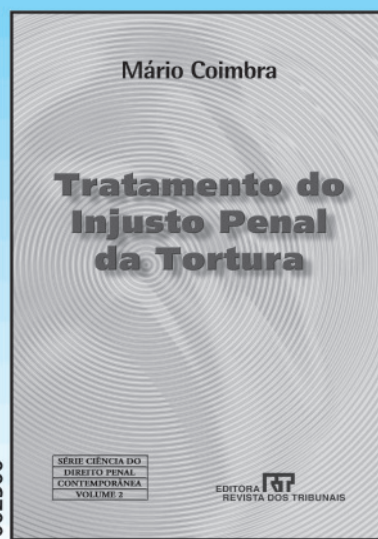
002370

brochura • 240 páginas



002298

brochura • 174 páginas



002300

brochura • 252 páginas

Lançamento



002408

brochura • 160 páginas

Adquira estas e outras obras na

**livraria**  
**RT**

[www.livrariart.com.br](http://www.livrariart.com.br)

EDITORA **RT**  
REVISTA DOS TRIBUNAIS  
Atendimento ao consumidor:  
**0800 11 2433**  
[www.rt.com.br](http://www.rt.com.br)