

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



IBCCRIM

PALAVRA DO PRESIDENTE

O **IBCCRIM** sempre traz um desafio que se renova a cada gestão que se inicia: o crescimento dessa entidade.

A luta incessante pela estrita observância dos direitos e garantias fundamentais da Constituição; a exigência de respeito aos princípios formadores do regime democrático e, conseqüentemente, do Estado Social e Democrático de Direito; a proteção dos direitos das vítimas, assim como das minorias e marginalizados, são bandeiras que hoje, neste País, têm um forte aliado: o **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**.

Há dez anos essa instituição não se desvia de seu ideário original. Jamais transigiu com seus valores ideológicos e éticos. Nunca cedeu na defesa de nossa Constituição e dos valores que ela representa.

Esta constante e árdua luta pelo respeito aos princípios estruturais de um Estado Social e Democrático de Direito fez com que nossa entidade exercesse, durante todos estes anos, o papel primordial de guardião dos direitos fundamentais do homem.

Agora, novo governo e novos sonhos, há que se manter atento à possibilidade da formação de novas frentes de combate ao pensamento linear e de mão única do culto à economia a qualquer preço, gerador do autoritarismo político do mercado mundial que impõe, no plano interno das nações, o silêncio da imensa população excluída.

Novo desafio. Novas propostas. Novos sonhos.

A crença de que, apesar de tudo e cada vez mais, nossos ideais irão se transformar em realidade e, juntos, ajudaremos a construir um País mais justo.

Por outro lado, urge, também, estar atento ao constante crescimento de nossa instituição, e à conseqüente necessidade de sua adaptação ao atual.

Estamos com mais de cinco mil sócios. Aproximadamente mil acessos diários são feitos em nossa página da *Internet*, além de 15.000 pessoas cadastradas receberem, semanalmente, nossos informativos eletrônicos, tornando aquela página uma das maiores da América do Sul em Ciências Criminais. A Biblioteca, incessantemente atualizada, tem hoje cerca de dois mil e quinhentos livros; aproximadamente quinhentas fitas de vídeos; e mais de 170 títulos de revistas nacionais e estrangeiras, tornando-a, neste aspecto, a mais completa de nosso País na área jurídico-penal.

Nossas instalações físicas exigem, constantemente, ampliações e adaptações. Desafia-nos o crescimento e atualização de nossa estrutura organizacional, sem o inchaço e a burocratização improdutiva.

Desta forma, olhando-se para o passado, tem-se o paradigma das excelentes administrações de **Luiz Flávio Gomes**, **Alberto Zacharias Toron**, **Sérgio Salomão Shecaira**, **Carlos Vico Mañas** e **Roberto Podval**. Porém, olhando-se o futuro, tem-se a certeza de que muito há por fazer, a fim de que sejam mantidos a grandeza, a importância e o respeito que o **IBCCRIM** tem perante o mundo jurídico.

No plano interno, o silêncio da imensa população excluída continua sendo imposto através do culto ao "Estado Policial", e a institucionalização da execução hedionda de penas desproporcionalmente severas. Porém, nossa luta pelo respeito aos direitos fundamentais do homem encontra, agora, um novo ambiente político que propiciará, ainda mais, a demonstração de que nosso ideário, com a verdade do presente, se projetará e construirá o futuro.

No plano externo, mais do que nunca impõe-se a busca de uma cooperação internacional mais eficiente das pessoas e entidades que ainda estão voltadas para a proteção dos valores fundamentais do homem. Urge a organização de sociedades civis transnacionais, ou mesmo a cooperação solidária entre as entidades do terceiro setor, criando uma rede internacional forte que utilize dos recursos da globalização com finalidade distinta, unida em torno da proteção dos direitos elementares do homem. Somente desta maneira poderemos manter a crença de que, apesar de tudo, ainda há possibilidade de termos um futuro voltado para o humano e o justo.

Estruturalmente, esta nova administração terá que manter e, se possível, incrementar ainda mais o constante crescimento físico e a necessária atualização burocrática da nossa entidade, para atender de modo cada vez mais satisfatório a demanda de nossos associados.

Neste sentido que se afirma ter o **IBCCRIM** muito por fazer, apesar de tudo que foi feito no passado.

Por isso, tem-se a sensação do dever cumprido quando se olha para o passado, mas a absoluta certeza de que à nossa instituição está reservado um papel de suma importância no futuro. Nossas idéias certamente têm um pouco daquilo que representaram as idéias de **Beccaria** frente ao Absolutismo daquela época; nossa ideologia também tem um pouco daquilo que o Iluminismo representava; nossa luta é tão árdua quanto aquela dos iluministas, quando conseguiram nos livrar do chamado "período das trevas".

Tem o **IBCCRIM** nítida consciência de que somente a união das forças que se opõem a este desumano processo econômico-intervencionista, que nos é imposto, poderá nos levar a um "mundo melhor".

Efetivamente, há muito por fazer.

Se nosso passado não for suficiente para nos incentivar nas eventuais desilusões futuras, que nos sirva de acalanto as palavras de **Nilo Batista** que, com o pseudônimo "Enne de Paula Campos", assim escreveu em nosso **Boletim**, na edição comemorativa dos dez anos:

*"Colegas da garoa, celebrais estes dez.
Eu vos desejo mais: um **IBCCRIM**
feliz e atuante e pugnaz e bandeirante
também quando nascer outro País..."*

Marco Nahum
Presidente do **IBCCRIM**

MARCO NAHUM

Índice

PALAVRA DO PRESIDENTE Marco Nahum	1
COM A MORTE N'ALMA Sérgio Salomão Shecaira	2
PARA ALÉM DA ESTAÇÃO CARANDIRU Cláudio Theotônio Leotta de Araújo e Marco Antônio de Menezes	1
O BRASIL E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL Gustavo Henrique R. Ivahy Badaró	3
CRIMES E INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: A NOVA DICOTOMIA Augusto Thompson	4
O ESTATUTO DE ROMA E A SUA INFLUÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA Alexandre Concessi	6
A INCOMUNICABILIDADE DO PRESO E A REFORMA DO CPP Cláudio Sérgio T. Sampaio	7
A TORRE SEM DEGRAUS Renato Campos Pinto de Vitto	10
DECRETO Nº 4.495 de 4 de dezembro de 2002	11
A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DO NOVO MILÊNIO Gleuton Brito Freire	12
A CONSTRUÇÃO DO BEM JURÍDICO ESPIRITUALIZADO E SUAS CRÍTICAS FUNDAMENTAIS Renato de Mello Jorge Silveira	14
Caderno de Jurisprudência	
O DIREITO POR QUEM O FAZ: LIVRAMENTO CONDICIONAL. TEMPO E JUSTIÇA Aury Celso L. Lopes Jr.	669
O DIREITO POR QUEM O FAZ: LIBERDADE DE EXPRESSÃO. POSSIBILIDADE DE O RÉU CONCEDER ENTREVISTA À IMPRENSA Kenarik Boujikian Felipe	670
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	672
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	673
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	674
TRIBUNAL DE JUSTIÇA	675
TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL	676

COM A MORTE N'ALMA

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

Não há angústia existencialista que possa expressar os aflitivos momentos vivenciados pela Nação com a queda e posterior morte de **Evandro Lins e Silva**. Procurador-geral da República, ministro das Relações Exteriores, Chefe da Casa Civil do Governo João Goulart e ministro do Supremo Tribunal Federal, aposentado por um ato de força da Ditadura de 64. Foi um notável defensor da Democracia. Se a premissa dos opressores era a desigualdade básica, que consagrava o abismo entre governantes e governados, a sua era a cidadania: ninguém era súdito.

Sua vida pública já foi descrita pelos jornais em prosa e verso. Tinha uma grande revolta que nascia do espetáculo da insensatez de que era o palco principal o nosso País. A condição de injustiça por ele experimentada, a miséria incompreensível do povo, a impulsiva cegueira dos governantes faziam dele um eterno insatisfeito. Um homem de uma revolta juvenil com as condições de existência do povo que contrastava com o conformismo de muitos jovens.

Na vida particular era um advogado que tinha uma especialidade: as causas nobres. O mais antigo advogado do mundo em exercício defendeu, somente na Ditadura Vargas, mais de 1000 acusados de crimes políticos. Estava sempre do lado certo e isso bastava para a paz de sua consciência. O sentimento do direito, a

satisfação de estar ao lado da verdade e a alegria de conquistar a estima das pessoas, foram os impulsos poderosos para que adquirisse o respeito de todos. Ser senhor do seu próprio estado de espírito é privilégio dos grandes animais. Assim era **Evandro**. Homem simples porque grande; grande porque simples.

Suas história e estórias eram infundáveis. Nos poucos anos que com ele convivi, na direção da Associação Internacional de Direito Penal, ele como presidente e eu como secretário-geral, aprendi a admirá-lo. Vi que o meu respeito e admiração não eram somente meus. Um dia, no centro do Rio de Janeiro, caminhávamos, lado a lado, saindo de seu escritório para um restaurante, onde almoçaríamos. Fomos cercados por um homem com seus 50 anos, humildemente trajado, cabelos em desalinho e sapatos rotos. Aproximou-se do Ministro — era como nós o chamávamos — curvando seu dorso e simulando tirar um chapéu imaginário. Disse-lhe, tão só: para o senhor eu tiro o chapéu. Foi-se como chegara. Era apenas o externar de um ato que todos os brasileiros queriam fazer.

No dia em que fizemos o lançamento do livro em sua homenagem, no salão nobre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, uma grande fila de convidados se formou querendo seu autógrafa. Eu, um pouco

de lado, aguardava os cumprimentos. Fui procurado por um advogado com cerca de 55 anos de idade. Veio me agradecer a oportunidade que lhe dera. Confessei não estar entendendo o porquê do agradecimento e ele me afirmou ter sido defendido por **Evandro** que fora seu advogado dativo. Mesmo tendo sido libertado por força e obra da defesa, jamais pudera dizer ao próprio causídico o que sempre sonhara dizer: obrigado. Agradecia-me, pois, pela possibilidade de agradecê-lo. Como todos, enfrentou a fila de convidados, que acompanhei com os olhos marejados. Ambos choraram: o Advogado e o advogado. Nós, seus humildes admiradores, também não resistimos. Molhamos nossos lenços pela felicidade de um simples ato de gratidão.

Por grande ironia do destino, o ministro **Evandro** faleceu depois de uma queda. Uma queda estúpida que esfolia o coração da nossa existência e o sentimento maior de Justiça da Nação. Encerra sua vida como o poeta maior do Existencialismo, **Albert Camus**, inicia seu livro de mesmo nome, mas de outro significado — *A Queda* —, ao perguntar a um estranho: Meu senhor, posso oferecer-lhe meus presentes, sem correr o risco de ser inoportuno?

Sérgio Salomão Shecaira
Ex-presidente do IBCCRIM

SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA

PARA ALÉM DA ESTAÇÃO CARANDIRU

CLÁUDIO THETONIO LEOTTA DE ARAÚJO e MARCO ANTÔNIO DE MENEZES

Albo lapillo notare diem, diziam os romanos, quando queriam que o dia fosse lembrado por algum evento agradável ocorrido nele.

Da mesma forma, podemos desejar que o dia 8 de dezembro de 2002 seja marcado por uma pedra branca, de preferência dentre aquelas que restarem do sinistro casarão da Cruzeiro do Sul.

Em toda a sua pesada estrutura, a Casa de Detenção podia ser tudo, menos o nome: casa de detenção. Ao longo de sua história, deixou de ser destinada à detenção e jamais foi uma casa, mas uma versão contemporânea do Gueto de Varsóvia, no qual confinamos os párias, a escória social, o rebotalho humano que nós mesmos produzimos com prodigalidade, pela nossa sociedade anômica. Suas providenciais muralhas mantinham devidamente longe de nossas vistas esse opróbrio sociológico, feito quartinho no sótão, que esconde o parente louco que nos enche de vergonha, e então poderemos fingir que está tudo bem.

Um outro Estado, com suas leis, cultura, governantes e religião próprias — que às vezes se levantou e fez frente ao Estado oficial — de fronteiras maciças, no qual ninguém queria entrar, mas todos queriam de lá sair.

Uma Etiópia, não de crianças esqueléticas, mas de almas esqueléticas, cronicamente desnutridas de quaisquer princípios. E assim, como naquele país, as imagens chocam o mundo à gerações, sem que nada mude; as constantes rebeliões só açodaram os ânimos, sem que nada fosse feito, a não ser pela iniciativa de dois luminares: os excelentíssimos senhores, o governador do Estado e seu secretário da Administração Penitenciária, dois homens realmente comprometidos com os valores essencialmente humanos.

Casa de Detenção: uma esfinge devoradora de homens, cujos enigmas íntimos foram bem guardados por anos, só desvendados por obra e graça de um segundo **Promeu**, que roubou o fogo dos deuses para devendá-lo aos mortais: dr. **Dráusio Varela**. Sua obra, em estilo simples e verdadeiro, aguçou a nossa curiosidade sobre aquele país longínquo, como um *Il Milioni* de um **Marco Pólo** dos dias atuais, devidamente expurgado do fantástico.

Talvez tenha sido aí o começo do fim: como na mitologia, sem segredos e sem enigmas, profanada e devassada, a esfinge se precipitou no abismo. Como uma Bastilha da mo-

dernidade, a implosão da Casa de Detenção, mais do que um ato concreto, representa o fim de uma era e o livro do dr. **Varela**, mais que um relato, é o necrológio.

O megatérico edifício foi implodido. Esperemos que, à semelhança de uma estrelado-mar, seus cacos não dêem origem a novos leviatãs e que toda a estrutura arcaica da Casa de Detenção tenha sido sufocada na poeira que se levantou. Nunca mais rebeliões, nunca mais sangue derramado; *Albo lapillo notare diem*, amém. ●

CLÁUDIO THETONIO LEOTTA DE ARAÚJO

Médico, membro do E. Conselho Penitenciário do Estado, professor de Comportamento Humano Forense na Faculdade de Direito da USP e professor de Criminologia na Academia de Polícia Civil do Estado de São Paulo

MARCO ANTÔNIO DE MENEZES

Advogado, membro do NUFOR - Núcleo de Estudos em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica do Instituto de Psiquiatria do HC/USP, criminologista e pesquisador das Ciências Penais

CLÁUDIO THETONIO LEOTTA DE ARAÚJO
e MARCO ANTÔNIO DE MENEZES

COM A MORTE N'ALMA

PARA ALÉM DA ESTAÇÃO CARANDIRU

O BRASIL E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ



GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

Após um período relativamente breve, mas profícuo em discussões — de resto superadas — sobre eventuais incompatibilidades entre o Estatuto de Roma e a normativa constitucional, o Brasil finalmente ratificou, aos 20 de maio de 2002, o tratado de criação do Tribunal Penal Internacional. Com a ratificação, habilitou-se a participar da 1ª Assembléia dos Estados Partes, que se realizou em setembro desse ano na sede das Nações Unidas, a qual deliberou instaurar o processo de escolha dos dezesseis Juizes e do Procurador Geral que integrarão a primeira composição da Corte.

A ratificação foi promulgada pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Dois importantes aspectos merecem destaque acerca da participação mais recente do país nas diversas fases de criação e de instalação do Tribunal Penal Internacional.

O primeiro deles diz respeito à criação, pelo Ministério da Justiça, de um grupo de trabalho encarregado de elaborar o anteprojeto de lei de implementação do Estatuto de Roma.

Em face do caráter complementar da jurisdição do TPI, o exercício da jurisdição primária além de ser uma obrigação dos Estados Partes, também garante a prevalência da jurisdição doméstica. Tratando-se de lei penal, e em respeito às garantias constitucionais da reserva legal e da estrita legalidade, tornou-se prioritária a elaboração de lei penal tipificada das condutas descritas no Estatuto de Roma, além de normas de caráter processual e de cooperação judiciária que permitissem ao país o cumprimento das obrigações a serem assumidas com a ratificação. O texto do anteprojeto foi entregue ao Ministério da Justiça na data aprazada, no final de outubro e, para conferir efetividade à proposta de publicidade e de colaboração de diversos setores da sociedade civil, dado a conhecer através de sua exposição nos sites do Ministério da Justiça⁽¹⁾ e das Relações Exteriores⁽²⁾.

Outro importante aspecto foi o envolvimento do país no processo de indicação de candidato a um dos cargos de juiz do Tribunal Penal Internacional.

Nos termos dos arts. 36.3 e seguintes do Estatuto de Roma, os candidatos aos cargos de juizes, a serem indicados pelos Estados-partes, devem ser pessoas de elevada idoneidade moral, imparcialidade e integridade, além de reunir também os requisitos necessários à sua

indicação para compor as mais altas Cortes de seu país. Além disso, devem ter experiência e competência reconhecidas na área penal e processual penal, ou em direito internacional, em especial no direito internacional humanitário. Por fim, devem os candidatos possuir fluência em ao menos um dos idiomas de trabalho da Corte, quais sejam, inglês ou francês.

O processo de indicação de candidatos encerrou-se aos 30 de novembro de 2002. Em decisão conjunta, os ministros da Justiça e das Relações Exteriores levaram ao Presidente da República o nome de **Sylvia Helena de Figueiredo Steiner**, desembargadora federal em São Paulo, sócia-fundadora do IBCCRIM e diretora adjunta da *Revista do IBCCRIM*.

A indicação de **Sylvia Steiner**, além de atender aos requisitos formais exigidos pelo Estatuto de Roma, veio ao encontro da expectativa da Assembléia dos Estados-partes, na medida em que obedeceu aos critérios de escolha técnica e de transparência, enfatizados pelas diversas delegações ali presentes.

A primeira composição do Tribunal Penal Internacional será fundamental para que se firme sua legitimidade nos planos internacional e interno dos Estados. Com efeito, trata-se de órgão com perfil totalmente novo, destinado a julgar pessoas acusadas dos mais graves crimes contra a paz e a sobrevivência da humanidade. Despido de poderes coercitivos a sua efetividade e a eficácia de suas determinações, dependem exclusivamente da disposição de os Estados em cumprirem suas obrigações de cooperação. Assim, a legitimidade do tribunal dependerá de sua atuação como órgão independente, imparcial e eficiente.

O IBCCRIM foi a primeira entidade científica a provocar debates e discussões sobre o Tribunal Penal Internacional, tendo promovido inclusive audiência pública na qual a Diretoria e os associados tiveram oportunidade de receber de **Sylvia Steiner** respostas aos mais diversos questionamentos, a fim de que, como entidade, finalmente se posicionasse a favor da ratificação do Estatuto de Roma.

Nos dois últimos seminários internacionais, foi aberto amplo e democrático espaço de discussão sobre diversos aspectos do Estatuto de Roma, em especial aqueles que mais dificuldades apresentavam para conciliação com o sistema normativo interno. São ainda inúmeros os artigos especializados sobre o TPI constantes das revistas do

IBCCRIM a partir do primeiro artigo, escrito por **Sylvia Steiner**, na *Revista* nº 28, em 1999.

No grupo de trabalho para elaboração do anteprojeto de implementação do Estatuto de Roma, criado pelo Ministério da Justiça, havia associados do IBCCRIM. Além disso, também foram apresentadas sugestões de diversos outros associados do IBCCRIM, sendo muitas delas aproveitadas no texto que hoje está em exposição para conhecimento e apresentação de novas sugestões.

É inegável o importante papel do IBCCRIM em todas as fases da criação e de implementação do Tribunal Penal Internacional.

Assim, a indicação do nome da associada e efetiva colaboradora do IBCCRIM para concorrer à eleição dos primeiros juizes que comporão o Tribunal Penal Internacional foi recebida com grande satisfação por todos os associados, já que, além de a escolha recair sobre pessoa de reconhecida capacidade técnica e com efetivo comprometimento com o denominado “direito penal garantista”, também demonstra a importância da participação de entidades científicas, acadêmicas e de representantes da sociedade civil na democratização dos processos de escolha de representantes do país nos diversos organismos internacionais.

A eleição dos juizes que comporão o Tribunal Penal Internacional dar-se-á na Assembléia dos Estados Partes convocada para reunir-se entre os dias 3 e 7 de fevereiro de 2003. Há 45 candidatos indicados pelos diversos países. A composição final deverá obedecer aos critérios de representação dos diversos grupos geográficos que compõem a ONU, bem como dos principais sistemas jurídicos, além do equilíbrio de gênero. De acordo com tais critérios, o grupo dos países da América latina e Caribe deverá contar com ao menos três juizes, estimando-se que o Brasil tenha grandes chances de ver eleita sua candidata. ●

Notas

⁽¹⁾ www.mj.gov.br

⁽²⁾ www.mre.gov.br

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró
Mestre e doutor em Direito Processual Penal pela USP, membro do Grupo de Trabalho que elaborou o anteprojeto de implementação do Estatuto de Roma e advogado

IN MEMORIAM

O IBCCRIM lamenta o falecimento do grande homem e reconhecido jurista **Evandro Lins e Silva**, na manhã do dia 17 de dezembro de 2002, após sofrer traumatismo craniano decorrente de queda no aeroporto Santos Dumont, no Rio de Janeiro.

Figura nacional ímpar e que nos quadrantes mais difíceis da Nação sempre foi um prumo de moralidade e ética, foi um condutor das posições mais lúcidas da política brasileira.

Considerado o “Criminalista do Século”, acima das importantes funções que ocupou em sua vida, política e institucional, **Evandro Lins e Silva** foi ardoroso e intransigente arauto da democracia e do direito de defesa.

Perdemos um bravo guerreiro, atuante até o último momento de sua vida. Ganhamos um mito a ser admirado por todos, em todo o porvir. A ele, nossas homenagens. ●

A nova especificação

De acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal, art. 1º, duas seriam as espécies de ilícitos no direito repressivo nacional: crimes e contravenções. Aqueles, punidos com pena de reclusão ou de detenção, alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; estas, com sanção de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Percebe-se, facilmente, revelar o enunciado do objetivo do legislador pátrio em resolver prontamente, num único dispositivo, os dois problemas mais relevantes a respeito da matéria, segundo a doutrina: o número das espécies de ilícitos penais e a diferença essencial entre eles. Quanto ao primeiro, alinhou-se entre os países que prestigiam o sistema dicotômico, bipartido ou dualista, como a Itália, a Suíça e a maioria das legislações modernas, pondo-se em contraposição àqueles que perfilham o sistema tricotômico ou tripartite, como a França, a que aderiram Alemanha e Bélgica. Quanto ao segundo ponto, reconhecendo inexistirem diferenças ontológicas entre as classes de ilícitos, firmou o discrimine entre elas exclusivamente em função da punição aplicável. Tal fórmula tem variado, de país para país. Na França, crimes são as faltas julgadas pelo júri; delitos, as de competência dos tribunais correcionais; e contravenções, as submetidas aos tribunais de polícia.

Na França, crimes são as faltas julgadas pelo júri; delitos, as de competência dos tribunais correcionais; e contravenções, as submetidas aos tribunais de polícia.

Assim, amalgamou os crimes de pena máxima não superior a um ano (Lei nº 9.099/95, art 61) com as **contravenções**, a formar um grupo único, agora denominado de **infrações penais de menor potencial ofensivo**, ao qual contrapôs, como outro bloco, o dos **crimes**. Dois anos depois, foi promulgada a Lei nº 10.259/01, que, no art. 2º parágrafo único, estipulou, para os Juizados Especiais Criminais da Justiça Federal, na condição de infrações penais de menor potencial ofensivo, os crimes com pena máxima não superior a dois anos.

Em atenção ao princípio da incorrência de divergências substanciais entre as entidades crimes e infrações penais de menor potencial ofensivo, estatuiu-lhes diferentes características conceituais de ordem prática, apartando-as pela intensidade do grau de gravidade e por lhes fornecer tratamento diferenciado em sede processual. Num grupo, ficaram, como já eram, os crimes ou delitos,

cito criminal, qual seja, a **infração penal de menor potencial ofensivo**. Obedecendo à melhor técnica, a norma constitucional deixou os pormenores relativos à regulamentação da novel categoria para serem fixados pela lei ordinária.

A esta abria-se a oportunidade de, se assim julgasse conveniente, modificar a Lei de Introdução ao Código Penal, passando à adoção do sistema tripartido, reconhecendo como ilícitos: a) crime; b) infração penal de menor potencial ofensivo; e c) contravenção. Caber-lhe-ia, necessariamente, estatuir as peculiaridades que marcariam cada um deles. Ou, se preferisse, poderia manter a estrutura dualista, levando a figura criada pela Lei Maior a se aglutinar a uma daquelas já existentes, crimes e

contravenções, realizando as adaptações modificadoras que se fizessem necessárias.

Editou o legislador infraconstitucional a Lei nº 9.099/95 e, posteriormente, a Lei nº 10.259/01.

Por óbvio, nelas abdicou de socorrer-se da fórmula tripartida, uma vez que não registrou particularidades aptas a tornar discerníveis três ordens autônomas de ilícitos. Ao reverso, preferiu marchar pela vereda da bipartição, mantendo lealdade à nossa tradição.

Assim, amalgamou os crimes de pena máxima não superior a um ano (Lei nº 9.099/95, art 61) com as **contravenções**, a formar um grupo único, agora denominado de **infrações penais de menor potencial ofensivo**, ao qual contrapôs, como outro bloco, o dos **crimes**.

Dois anos depois, foi promulgada a Lei nº 10.259/01, que, no art. 2º parágrafo único, estipulou, para os Juizados Especiais Criminais da Justiça Federal, na condição de infrações penais de menor potencial ofensivo, os crimes com pena máxima não superior a dois anos.

Em atenção ao princípio da incorrência de divergências substanciais entre as entidades crimes e infrações penais de menor potencial ofensivo, estatuiu-lhes diferentes características conceituais de ordem prática, apartando-as pela intensidade do grau de gravidade e por lhes fornecer tratamento diferenciado em sede processual. Num grupo, ficaram, como já eram, os crimes ou delitos,

ilícitos a que se cominam penas de reclusão ou detenção e/ou multa; no outro, contravenções e infrações a que se cominam penas, com ou sem multa, de detenção ou reclusão não superiores a um ano, na órbita estadual, e não superiores a dois anos, na esfera federal (deixo de tecer considerações quanto a haver o segundo edito revogado o primeiro por ser indiferente a resposta, no que tange ao objeto do presente artigo) sob o *nomen juris* comum de **infrações penais de menor potencial ofensivo**:

Lei nº 9.099/95: "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 (um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial (Lei nº 9.099/95)."

Lei nº 10.259/01: "Art. 2º..."

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa (Lei nº 10.259/01)".

Mostra-se evidente que, por força de determinação da Lei Maior, no art. 98, e da regulamentação que a instância comum houve por bem adotar, revogada quedou a antiga Lei de Introdução ao Código Penal, no seu art. 1º. As espécies de ilícito penal não mais se dicotomizam em **crimes** e **contravenções**, senão que em **crimes**, de um lado, e **infrações de menor potencial ofensivo**, de outro, nestas enclausuradas as contravenções.

Na medida em que as contravenções e os crimes unidos com pena não superior a 1 ano (ou 2 anos - Lei nº 10.259/01) e as contravenções formaram as infrações penais de menor potencial ofensivo, as regras pertinentes a ambos os institutos — novas, das Leis nºs 9.099 e 10.259, bem como as antigas, da Lei das Contravenções Penais — vigem, dispõem de força atuante, exceto no casos de conflitarem entre si, quando, como é claro, hão de as mais modernas prevalecerem, por seu inerente poder revocatório.

As conseqüências jurídicas da nova ordem

Tanto da perspectiva do direito material, quanto do viés do direito processual, fecundas e múltiplas projeções resultam da metamorfose sucedida. Sem a menor pretensão de esgotar a matéria, permitimo-nos alinhar algumas delas, quanto ao primeiro setor, confiando em que os especialistas do segundo virão a esclarecer as alterações operadas em sua área.

➔ **a - em sede de normas incriminadoras**

Os ilícitos, cujos preceitos exigem para aperfeiçoamento, como circunstância elementar do tipo, crime, e que, portanto, em homenagem ao princípio da reserva legal, não se satisfaziam com o fornecimento de contravenção para ocupar o lugar de crime, agora, em razão da nova classificação de ilícitos criminais, passam a inadmitir a existência de meras infrações penais de menor potencial ofensivo para ocupar o espaço determinado para crime, uma vez que crime, relativamente a infração penal de menor potencial ofensivo, revela a mesma antinomia conceitual anteriormente observada entre crime e contravenção.

Por conseguinte, merecerão a coima de atípicas as condutas previstas na calúnia (art. 138), receptação (art. 180), incitação a crime (art. 286), apologia a crime (art. 287), quadrilha ou bando (art. 288), denúncia caluniosa (art. 339, *caput*, e § 2º), auto-acusação falsa (art. 341, favorecimento pessoal (art. 348), favorecimento pessoal (art. 349), se, ao invés de crime, apresenta-se para compor o modelo infração penal de menor potencial ofensivo.

Crime e infração penal de menor potencial ofensivo padecem de incapacidade para funcionar como categorias permutáveis, no rigor do campo coberto pela garantia do princípio da reserva legal.

Restrinjo-me a tratar, aqui, das figuras comportamentais do Código Penal, sem me deter no exame das leis extravagantes.

b - no terreno das regras da Parte Geral

Da compatibilização do estipulado no art. 63, do Código Penal, com o art. 7º, da Lei das Contravenções Penais, defluiu-se, das várias combinações possíveis com respeito às práticas de crimes e contravenções, incorrer a reincidência caso o agente cometa crime, ainda que condenado anteriormente por sentença transitada em julgado por contravenção.

Ora, como acima anotado, se a contravenção foi compactada com o crime de pena não superior a um ano (ou 2 anos - Lei nº 10.259), passando os dois a integrar uma só espécie (contrastante com a outra espécie, a dos crimes), os princípios atinentes àqueles, fora casos de incompatibilidade, gozam de plena valia para a nova classe como um todo.

De onde é lícito concluir, sem precisão de executar qualquer ginástica hermenêutica: **a prática de um crime, após condenação transitada em julgado por infração penal de menor potencial ofensivo, não induz ao**

reconhecimento da reincidência.

Neste caso, a nova definição de reincidência, fruto da exegese possível sobre os preceptivos há pouco editados, vai gerar conseqüências de vulto em vários setores da lei penal, a saber:

- regime prisional (art. 33, § 2º, *b e c*);
- pena restritiva de direito (art. 44, II, § 3º e § 5º);
- agravante genérica (art. 61, I);
- concurso de agravantes e atenuantes (art. 67);
- suspensão condicional da pena (art. 77);
- revogação do *sursis* (art. 81, I, e §§ 1º e 2º);
- livramento condicional (art. 83, I, II e V);
- revogação do livramento (arts. 86, 87 e 88);
- prescrição (art. 110);
- interrupção da prescrição (art. 117, VI).

A título de curiosidade, mas também para demonstrar como a correta interpretação do novo texto legal apresenta-se congrua e útil, peço licença para relatar a hipótese concreta que me levou a trabalhar sobre o tema.

Num dado processo, um grupo de rapazes era acusado de se reunir com certa frequência para, indo de carro a pontos de reunião de travestis e/ou meretrizes, alvejá-los (ou alvejá-**las?**) com armas usadas no jogo de *paintball*. Os projéteis causavam lesões levíssimas. O Ministério Público denunciou os jovens pelo art. 129 e pelo delito de quadrilha ou bando. Dentro da versão esposada pelo Promotor, na realidade a turma, em número superior a três, associara-se para praticar crimes.

Mas... que crimes? Lesões levíssimas! Tinha cabimento?

Bem, a se considerar as lesões leves como crime, desde que provados os fatos (na hipótese, isso não ocorreu), estaria configurada a tipicidade do art. 288.

Porém, poderia tal entendimento valer mesmo depois que a infração ao art. 129, *caput*, entrou no regime especial da Lei nº 9099/95?

Dentro da concepção adotada neste artigo, a resposta é negativa, para o bem de todos e felicidade geral do princípio de equidade: só **crimes** podem compor a figura do art. 288, sendo que no caso cuidava-se de outra espécie de ilícito penal, **infrações penais de menor potencial ofensivo.** ●

Augusto Thompson

Advogado criminalista no Rio de Janeiro

AUGUSTO THOMPSON



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

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS

E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Henrique Righi Badaró

DEPARTAMENTO DE INTERNET:

Heloísa Estellita

DEPARTAMENTO DE

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Ana Lúcia Sabadell

REVISTA BRASILEIRA DE

CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Theodomiro Dias Neto

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Leonardo Sica

PÓS-GRADUAÇÃO:

Renato de Mello Jorge Silveira

REDES INTERNACIONAIS:

Ana Paula Zomer

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Alessandra Teixeira

Com a recente ratificação pelo Congresso Nacional do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, ratificação essa que está sendo depositada junto às Nações Unidas, tornou-se irreversível o ingresso do País no concerto das nações civilizadas que dão suporte jurídico-político a um Tribunal Penal Supranacional, destinado a prevenir e reprimir delitos gravíssimos, como genocídio, ou, ainda, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Embora o assunto tenha sido cogitado desde os remotos tempos da idade média, quando começou a se falar do *ius in bellum* como consectário do *ius ad bellum* (ou seja, do Direito na guerra dentro do direito à guerra), as sociedades jamais conseguiram obter o necessário grau de conscientização no sentido de que se o recurso ao conflito armado é um direito de determinado Estado contra seus inimigos, esse direito é limitado pela preservação da dignidade da pessoa humana.

Essa idéia inicial — de se punir o excesso em um conflito armado internacional, como ocorreu na 2ª Guerra Mundial, da qual são paradigmas o Tribunal Militar de Nuremberg e de Tóquio, e que inspirou a Convenção de Genebra, inicialmente sobre prisioneiros de guerra e, posteriormente, estendida a outras situações de conflito — foi aprofundada de forma definitiva na última década.

Com efeito, seja por força da globalização, seja em razão da alta tecnologia de comunicações, que nos permite hoje acompanhar em tempo real conflitos armados que ocorrem do outro lado do mundo, a violência desmedida e ilimitada, mormente contra inocentes, não pode mais passar despercebida.

Alie-se a isso o fato de que tornaram-se rotineiros os conflitos armados regionais e/ou mesmo conflitos armados locais, verdadeiras guerras civis, e está criado o oportuno caldo de cultura para o estabelecimento de Tribunais Supranacionais como permanente elemento inibidor e repressor de condutas as mais graves que se conhece.

Diante disso, e lastreado no direito humanitário referido na Convenção de Genebra e seus diversos protocolos, criaram-se, por deliberação do Conselho de Segurança da ONU, os Tribunais Penais *ad hoc* para processar e julgar genocidas, violadores de direitos hu-

manos e criminosos de “guerra”, limitados, porém, aos delitos desse tipo cometidos nos levantes libertários de províncias da ex-Iugoslávia e na guerra civil de Ruanda.

Daí foi um passo para a criação de um Tribunal Penal Internacional (ou Supranacional) permanente, ou seja, não mais instituído por interesses voluntaristas do Conselho de Segurança da ONU, mas por decisão e adesão dos próprios Estados, Tribunal esse destinado a processar e julgar indivíduos (diferentemente do que ocorre com as Cortes de Direitos Humanos da OEA ou da Europa, que julga os países, bem como da Corte Internacional de Haia, que não tem jurisdição penal sobre indivíduos).

Essa grande novidade revolucionará a história do Direito Penal, não só por tipificar expressamente os delitos em relação aos quais os internacionalistas se batiam, desde há muito, deixando, portanto, tais delitos

de fazer parte de regras e costumes do Direito Internacional, no mais das vezes de difícil processamento, para ingressar na esfera direta de engajamento do Direito Penal, tanto em nível supranacional, como em nível nacional.

Para evitar, nesse contexto, que os crimes tipificados no Estatuto de Roma, e a criação de uma jurisdição supranacional afetasse a soberania dos Estados, utilizou-se de uma engenhosa idéia jurídica, pela qual somente serão processados perante o TPI os nacionais dos Estados que ratificaram o Estatuto de Roma, ou estrangeiros que ali se encontrarem, se qualquer desses Estados não se dispuser, ou não puder, por qualquer razão, inclusive política, fazê-lo. É o princípio da **complementariedade**, pelo qual a existência do TPI não significa a imposição da sua jurisdição de forma absoluta; ao contrário, ela é relativa e **complementar** à jurisdição de cada Estado, a quem caberá adequar a sua legislação interna a esse revolucionário fato novo, do ponto de vista penal, para manter íntegra a sua soberania de processar e julgar no País pessoas que tenham cometido delitos como os referidos no Estatuto de Roma.

Assim, se o Estados não quiserem perder a soberania de processar e julgar os seus nacionais, ou estrangeiros que estejam em seu território, por delitos tipificados naquele Estatuto de Roma, deverão adequar sua legislação penal interna, de conformidade com

aquela legislação internacional.

É nesse sentido que se vislumbra uma verdadeira revolução no âmbito do direito penal, comum ou militar, embutido no avanço de legislação protetora dos direitos humanos ou do direito humanitário.

Não importa que o Brasil seja um país pacífico, ou que não se envolva em conflitos armados internos ou regionais. Se um estrangeiro tiver cometido quaisquer daqueles delitos supra referidos e se refugiar no Brasil, caberá às nossas autoridades judiciárias decidir se irá julgá-lo aqui, extraditá-lo ao País de origem ou entregá-lo ao TPI para ali ser processado e julgado.

Como primeira e imediata consequência, temos como certo que o Brasil não servirá de abrigo a genocidas ou criminosos de guerra.

A segunda consequência é que o Brasil, com a ratificação do Estatuto de Roma e a sua incorporação ao universo jurídico nacional, está dando uma contribuição decisiva para o progresso da humanidade, cooperando com a maioria absoluta do concerto das nações.

Esse é, sem dúvida, mais um degrau, certamente o mais importante, da escada que está nos levando à internacionalização (ou globalização) da jurisdição penal.

Uma ulterior consequência da criação do TPI e da grande adesão a ele dos diversos Estados, será a sua consolidação e aprimoramento para a futura extensão de sua jurisdição, sempre complementar àquela nacional, para outros tipos de delitos transnacionais que afligem hoje a humanidade (terrorismo, tráfico internacional de drogas, contrabando de armas, lavagem de dinheiro etc.).

O Brasil deverá, portanto, adequar sua legislação penal interna para enfrentar esse novo e instigante desafio, criado pelo Estatuto de Roma e pelo TPI, desafio esse que, repita-se, começou com os Tribunais Militares de Nuremberg e Tóquio, visando punir crimes de guerra, e que hoje se espalha, em defesa da humanidade, para outros tipos de delitos, sendo certo que, em pouco tempo, novos crimes serão incorporados à legislação penal internacional, com reflexos evidentes na legislação penal e processual penal interna, tanto a comum como a militar.

Portanto, o Estatuto de Roma, ao ser ratificado pelo Brasil, deixou, pelo princípio da complementariedade, de ser matéria de Direito Internacional, tornando-se, definitivamente, matéria de Direito Penal, com jurisdição eventualmente internacional. ●

Alexandre Concesi
Subprocurador-geral da
Justiça Militar e advogado

Como primeira e imediata consequência, temos como certo que o Brasil não servirá de abrigo a genocidas ou criminosos de guerra.

1. Introdução

O ordenamento jurídico pátrio vive um momento de intensa ansiedade, não só por força das mudanças que deverão ocorrer com a Reforma do Código de Processo Penal, mas também pela expectativa da sociedade em relação ao processo penal brasileiro se modernizar, tornando-se mais célere e atencioso aos interesses da comunidade, dirimindo as lides (conflito de interesses) e expurgando o sentimento de impunidade que assola o País. Neste contexto de mudanças, o presente estudo analisa as divergências doutrinárias sobre a validade de se preservar ou não a possibilidade de decretação da incomunicabilidade, observando, ainda, se a medida foi recepcionada ou não pela Constituição Federal.

2. Aspectos gerais

Segundo **Fernando da Costa Tourinho Filho**, “incomunicabilidade é qualidade de incomunicável. Incomunicável significa: que não tem comunicação, que não deve comunicar-se”⁽¹⁾. **Fernando Capez** afirma que a incomunicabilidade “destina-se a impedir que a comunicação do preso com terceiros venha a prejudicar a apuração dos fatos, podendo ser imposta quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir”⁽²⁾.

A incomunicabilidade do indiciado é uma medida excepcional que requer cautela e formalismo, sob pena de causar grave constrangimento ilegal, uma vez que se trata de uma severa restrição aos direitos individuais fundamentais pertencentes a qualquer pessoa, assegurados na Carta Magna de 1988, como a dignidade humana e a assistência da família ao indivíduo preso (art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal).

Segundo o art. 21 do CPP e seu parágrafo único, a incomunicabilidade do indiciado somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigirem e não excederá de três dias, devendo ser decretada por despacho fundamentado do juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o direito do preso se comunicar com o seu advogado.

3. A incomunicabilidade em face da Constituição Federal

O advento da nova ordem constitucional, com a Carta Magna de 1988, causou um verdadeiro impacto na legislação infraconstitucional, principalmente no Código de Processo Penal, uma vez que a Constituição Federal de 1988 é informada pelo princípio de um Estado Democrático de Direito e pelo liberalismo, enquanto a legislação in-

fraconstitucional processual penal (de 1941), devido à conjuntura histórica, é marcada pelos ideais facistas e pelos princípios de um Estado totalitário.

Uma das principais observações apontadas por alguns doutrinadores é o fato de a Constituição Federal prever em seus arts. 5º, inc. LXIII e 136, § 3º, os direitos do preso de ter a assistência da família e de um advogado, e vedar a incomunicabilidade do preso na vigência do estado de defesa.

Assim, por força destes artigos, alguns doutrinadores passaram a defender a tese de que a incomunicabilidade do indiciado, prevista no art. 21 do Código de Processo Penal, não teria sido recepcionada pela Constituição Federal (entre eles: **Fernando da Costa Tourinho Filho**, **Mirabete** e **Fernando Capez**), enquanto outra corrente doutrinária defende a tese de que não há qualquer incompatibilidade entre a Constituição Federal e a incomunicabilidade (**Damásio de Jesus** e **Vicente Greco Filho**).

O principal defensor da tese de que a nova ordem constitucional não recepcionou a incomunicabilidade é **Fernando da Costa Tourinho Filho**, que apresenta os seguintes argumentos:

“Ora, se durante o estado de defesa, quando o governo deve tomar medidas enérgicas para preservar a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza, podendo determinar medidas coercitivas, destacando-se restrições aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio das associações, o sigilo da correspondência e o sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, havendo até prisão sem determinação judicial, tal como disciplinado no artigo 136 da Constituição Federal, não se pode decretar a incomunicabilidade do preso (cf. CF, artigo 136, § 3º, IV), com muito mais razão não há que se falar em incomunicabilidade na fase do inquérito policial”⁽³⁾.

Também **Fernando Capez** entende pela não recepção da incomunicabilidade do preso pela nova ordem constitucional, que a vedou durante o estado de defesa (art. 136, § 3º, IV, da Constituição Federal), afirmando que: “Ora, se não se admite a incomunicabilidade durante um estado de exceção, o que não dizer da imposta em virtude de mero inquérito policial”⁽⁴⁾.

Julio Fabbrini Mirabete acolhe tais argumentos afirmando: “Entendemos, porém, que o artigo 21 está revogado pela nova Constituição Federal que, no capítulo destinado ao estado de defesa e estado de sítio, proclama que é vedada a incomunicabilidade do preso (...) além disso a nova carta política assegura ainda ao preso a assistência da família e do advogado”⁽⁵⁾.

Entre os doutrinadores que defendem tese contrária, que o art. 21 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela nova ordem constitucional, destaca-se **Damásio de Jesus** que estabelece os seguintes argumentos:

“Entendemos que o artigo 21 do Código de Processo Penal não foi revogado pelo artigo 136, § 3º, IV, da Constituição Federal. Em primeiro lugar, a proibição diz respeito ao período em que ocorrer a decretação do estado de defesa (artigo 136, caput, da Constituição Federal), aplicável à prisão por crime contra o Estado (§ 3º, inciso I), infração de natureza política. Em segundo lugar, o legislador constituinte, se quisesse elevar tal proibição à categoria de princípio geral, certamente a teria inserido no artigo 5º, ao lado de outros mandamentos que procuram resguardar os direitos do preso. Não o fez, relacionando a medida com os direitos políticos. Daí porque, segundo nosso entendimento, o artigo 21 do Código de Processo Penal continua em vigor”⁽⁶⁾.

Vicente Greco Filho tem entendimento semelhante ao de **Damásio de Jesus**, afirmando ao tratar da incomunicabilidade: “Entendo que o artigo 136, § 3º, IV, não revogou a possibilidade da situação; ao contrário, confirmou-a, no estado de normalidade”⁽⁷⁾.

A jurisprudência do STJ corrobora a tese de **Fernando da Costa Tourinho Filho**, afirmando que a incomunicabilidade não foi recepcionada pela nova Carta Magna, como se vê no seguinte acórdão:

“Ementa: Recurso em habeas corpus. Processo penal. Usura pecuniária. Inquérito policial. Contraditório. Inexistência.

1. A natureza inquisitorial do inquérito policial não se ajusta à ampla defesa e ao contraditório, próprios do processo, até porque visa preparar e instruir a ação penal.

2. O sigilo do inquérito policial, diversamente da incomunicabilidade do indivíduo, foi recepcionado pela vigente Constituição da República.

3. A eventual e temporária infringência das prerrogativas do advogado de consulta aos autos reclama imediata ação corretiva, sem que se possa invocá-la para atribuir a nulidade ao feito inquisitorial” (Acórdão RHC nº11.124/RS; Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 2001/0026015-2, Fonte DJ 24.09.2001, p. 344, rel. min. **Hamilton Carvalhido**, 1112; data da decisão 19.06. 2001; órgão julgador: 6ª turma do STJ).

Há que se observar que o direito do preso de se comunicar com a sua família é liberdade individual assegurada no art. 5º, LXIII, da Carta Magna. E nenhuma liberdade individual é absoluta, uma vez que existem limites, ainda que não constitucionalmente previstos, estabelecidos na legislação infraconstitucional com o intuito de salvaguardar os direitos e liberdades dos demais indivíduos

➔ e o interesse da ordem pública e da própria comunidade.

Desta forma, como bem estabelece **Alexandre de Moraes**, “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)”⁽⁸⁾.

Assim, à primeira vista, o direito do preso de se comunicar com a sua família (liberdade individual assegurada no artigo 5º, LXIII, da Carta Magna) poderia ser limitado pelo legislador infraconstitucional, desde que a incomunicabilidade não fosse adotada como regra. Contudo, o artigo 136, § 3º, da Carta Magna vedou expressamente a incomunicabilidade do preso, durante o estado de defesa, o que pressupõe a proibição da medida também na situação da normalidade.

Portanto, entendo que o art. 21 do CPP não foi recepcionado pela nova Carta Magna de 1988, pois, embora as liberdades individuais sejam relativas, o art. 136, § 3º, da Constituição Federal não deixou margem ao legislador infraconstitucional para estabelecer exceções ao direito de comunicação do indiciado preso com a família.

4. A incomunicabilidade nos Tratados Internacionais

Segundo o “Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de prisão”, aprovado pela 76ª Reunião Plenária da ONU em 9 de dezembro de 1988, não há desrespeito aos direitos humanos no fato de ser decretada a incomunicabilidade. Somente será considerada violadora da dignidade humana, se tal medida for estabelecida por muitos dias ou indefinidamente, conforme expressam alguns de seus princípios:

Princípio nº 15: “Sem prejuízo das exceções previstas no nº 4 do Princípio 16 e no nº 3 do Princípio 18, a comunicação da pessoa detida ou presa com o mundo exterior, nomeadamente com a sua família ou com o seu advogado, não pode ser negada por mais do que alguns dias”.

Princípio 16, nº 4: “As comunicações mencionadas no presente princípio devem ser feitas ou autorizadas sem demora. A autoridade competente pode, no entanto, atrasar a comunicação por um período razoável, se assim o exigirem necessidades excepcionais da investigação”.

Princípio 18, nº 3: “O direito de a pessoa detida ou presa ser visitada pelo seu advogado, consultar e de comunicar com ele, sem demora nem censura e em regime de absoluta confidencialidade, não pode ser objeto de suspensão ou restrição, salvo em circunstâncias excep-

cionais, especificadas por lei ou por regulamentos adotados nos termos da lei, que uma autoridade judiciária ou outra autoridade considerem indispensável para manter a segurança e a boa ordem”.

Logo, conforme os princípios do referido diploma internacional, não há qualquer incompatibilidade entre a adoção da incomunicabilidade e os direitos humanos. Tem o mesmo entendimento **Geilton Costa da Silva**, afirmando que:

“A incomunicabilidade do indiciado preso em nada fere ou afronta o Conjunto de princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de prisão aprovado pela 76ª reunião plenária da ONU em 9 de dezembro de 1988 (...) há visivelmente uma flexibilização em relação à incomunicabilidade”⁽⁹⁾.

Há, ainda, que se apontar a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o status adquirido pelas normas previstas em tratados internacionais que versam sobre direitos humanos ao serem incorporadas no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, a permissividade da incomunicabilidade, sendo prevista em diploma internacional em que o Brasil é signatário, a depender da corrente doutrinária, incorpora o ordenamento jurídico pátrio em nível de norma constitucional, supralegal ou como lei ordinária.

Segundo **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** “as normas internacionais convencionais — cumprindo o processo de integração à nossa ordem jurídica — têm força e hierarquia de lei ordinária. Em consequência, se o Brasil incorporar tratado que institua direitos fundamentais, esses não terão senão força de lei ordinária”⁽¹⁰⁾.

Em sentido contrário, **Flávia Piovesan** ensina que “relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição Brasileira de 1988, nos termos do artigo 5º, § 1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados (...) ademais, como apreciado no tópico anterior, a Carta de 1988 confere aos tratados de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do artigo 5º, § 2º”⁽¹¹⁾.

Em opinião própria, entendo, em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁽¹²⁾, que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, tendo o Brasil como signatário, possuem status de norma supralegal, ou seja, situam-se na hierarquia jurídica abaixo da Constituição Federal e acima da legislação infraconstitucional. Vale dizer, as normas supraleais complementam, especificam ou ampliam os direitos e garantias estabelecidos na Carta Magna, mas não têm prevalência sobre as normas constitucionais.

Portanto, a legislação supralegal (trata-

dos internacionais assinados pelo Brasil) não proíbe a incomunicabilidade, pelo contrário, reafirma a possibilidade de ocorrer a medida, desde que excepcionalmente e apenas por alguns dias.

5. A Incomunicabilidade e a Reforma do CPP

Encontram-se em análise no Governo e no Congresso Nacional, os trabalhos de reforma do Código de Processo Penal, subdivididos em sete projetos elaborados pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, tendo como autores: **Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Gomes Filho, Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti**.

A investigação criminal está disciplinada no projeto de Lei nº 4209/01, que em seu art. 21 traz a proibição da incomunicabilidade do indiciado com a seguinte redação:

“Artigo 21: É vedada a incomunicabilidade do preso”.

Desta forma, se aprovado pelo Congresso Nacional com a mesma redação, restarão dirimidas quaisquer dúvidas sobre a existência da medida no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que não mais será prevista na legislação infraconstitucional (somente poderia ser questionada a possibilidade de ser decretada a incomunicabilidade nos crimes contra a Segurança Nacional e nos inquéritos militares, que se encontram disciplinados em leis especiais).

O professor **Julio Fabbrini Mirabete**, em exposição do nono painel preparatório para o 1º Congresso Nacional da Reforma Penal, ao tratar da vedação da incomunicabilidade segundo o novo projeto, afirmou que é “correta também a determinação expressa do artigo 21 do Código (se aprovado o projeto), segundo a qual é vedada a incomunicabilidade do preso. Este artigo vem para dirimir uma divergência jurisprudencial e doutrinária, pois algumas vozes afirmavam que a incomunicabilidade do preso só era vedada na vigência do estado de defesa (CF, art. 136, § 3º, inciso IV). Se nem no estado de exceção se permite a incomunicabilidade, quanto mais em situações normais”⁽¹³⁾.

Entretanto, sem qualquer explicação plausível, o Presidente da República não encaminhou ao Congresso Nacional o projeto de Lei nº 4209/01, que trata da reforma na investigação criminal. Vale ressaltar que todos os outros projetos (que versam sobre o júri, os recursos e ações autônomas de impugnação, prisão, interrogatório, provas e suspensão do procedimento/processo) foram encaminhados, e somente a reforma da investigação criminal foi “engavetada”.

➔ **Petrônio Calmon Filho**, secretário do Instituto Brasileiro de Direito Processual e um dos integrantes da Comissão, comenta o assunto:

"O Presidente da República, atendendo ao lobby das lideranças policiais resolveu reter um dos projetos de lei elaborados pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, presidida pela professora **Ada Pellegrini Grinover** (...) sobre a investigação criminal, que elimina do CPP os ranços da ditadura do Estado Novo (...) Examinados pela Casa Civil da Presidência da República, os projetos não sofreram nenhuma crítica. Tão-somente não levarão adiante o projeto que trata da investigação criminal, permitindo, assim, que continuem em vigor as regras atuais que estabelecem um inquérito burocrático, sem participação efetiva da vítima e com poderes absolutos para a polícia" (14).

Portanto, enquanto o governo se sujeitar às pressões de alguns setores, de caráter eminentemente reacionário, o inquérito e a investigação criminal continuarão ineficazes; e a incomunicabilidade continuará prevista na legislação infraconstitucional, sendo objeto de dúvidas jurisprudenciais e questionamentos doutrinários.

6. Conclusão

O art. 21 do Código de Processo Penal e seu parágrafo único e todos os artigos que permitem a decretação da incomunicabilidade (art. 33, § 2º, Lei nº 7.170/83 e o art. 17 do CPP Militar) não foram recepcionados pela Carta Magna devido à vedação expressa do art. 136, § 3º, da Constituição Federal que não concede margem ao legislador para que sejam adotadas exceções ao direito do preso de se comunicar com a família.

A possibilidade de decretação da incomunicabilidade é prevista na legislação supralegal (tratados internacionais), contudo, esta possibilidade não é válida no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que os tratados internacionais não têm o condão de revogar a norma constitucional que veda a incomunicabilidade do preso, pois a Carta Magna situa-se no topo da hierarquia legislativa.

Ao legislador infraconstitucional foi concedida a possibilidade de ceifar do ordenamento jurídico pátrio a incomunicabilidade do preso, dirimindo quaisquer dúvidas ainda existentes na doutrina sobre a possibilidade de decretação da medida; entretanto, devido à falta de sensatez ou ausência de vontade política do Poder Executivo, não houve qualquer apreciação sobre a matéria.

Portanto, para que seja alcançado o moderno processo penal que a sociedade e a comunidade jurídica tanto almejam, torna-se indispensável que esta decisão seja jurídica e lastreada em argumentos plausíveis, e não fruto do lobby de alguns setores da polícia e do Poder Executivo, que visam persistir com uma investigação criminal que não traz resultados satisfatórios e não tem a capacidade de deter a escalada da violência. ●

Bibliografia

- CALMON FILHO, Petrônio.** "Reforma do CPP avança e governo cede ao lobby da polícia", www.direito.criminal.com.br, 29.01.2001.
- CAPEZ, Fernando.** "Curso de Processo Penal", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA DA SILVA, Geilton.** "A incomunicabilidade do preso na investigação criminal: Permissividade constitucional". www.infojus.com.br, 22.05.2000.
- GONÇALVES FILHO, Manuel Ferreira.** "Direitos Humanos Fundamentais", São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRECO FILHO, Vicente.** "Manual de Processo Penal", 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- JESUS, Damásio E. de.** "Código de Processo Penal Anotado", 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARTINS, Ricardo Mafféis.** "Professor Mirabete comenta projetos que alteram CPP", extraído do site: www.mail-archive.com/advogado@yahoo.com/msg00455.
- MIRABETE, Julio Fabbrini.** "Código de Processo Penal Interpretado", 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Alexandre de.** "Direitos Humanos Fundamentais", 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- PIOVESAN, Flávia.** "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", São Paulo: Max Limonad, 1996.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa.** "Processo Penal", 18ª ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 1997.

Notas

- (1) **Fernando da Costa Tourinho Filho**, "Processo Penal", vol. 1, 1997, p. 205.
- (2) **Fernando Capez**, "Curso de Processo Penal", 1999, p. 72.
- (3) **Fernando da Costa Tourinho Filho**, "Processo Penal", vol. 1, 1997, p. 206.
- (4) **Fernando Capez**, "Curso de Processo Penal", 1999, p. 72.
- (5) **Julio Fabbrini Mirabete**, "Código de Processo Penal Interpretado", 7ª ed., 2000, p. 123.
- (6) **Damásio de Jesus**, "Código de Processo Penal Anotado", 2000, p. 17.
- (7) **Vicente Greco Filho**, "Manual de Processo Penal", 1995, p. 86.
- (8) **Alexandre de Moraes**, "Direitos Humanos Fundamentais", 2000, p. 46.
- (9) **Geilton Costa da Silva**, "A incomunicabilidade do preso na investigação criminal: Permissividade constitucional", in www.infojus.com.br, 22.05.2000.
- (10) **Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, "Direitos Humanos Fundamentais", 1995, p. 99.
- (11) **Flávia Piovesan**, "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", 1996, p. 111.
- (12) Ver o julgado denominado "Ação penal originária e duplo grau", no Informativo nº 187 do STF, in www.stf.gov.br.
- (13) **Ricardo Mafféis Martins**, "O professor Mirabete comenta projetos que alteram o CPP", extraído do site: www.mail-archive.com/advogado@yahoo.com/msg00455.
- (14) **Petrônio Calmon Filho**, "Reforma do CPP avança e governo cede ao lobby da polícia", in www.direito.criminal.com.br, 29.01.2001.

Cláudio Sérgio Tanajura Sampaio

O autor é advogado na Bahia, pós-graduado *lato sensu* pelo convênio EMAB (Escola de Magistrados da Bahia) e a UCSAL (Universidade Católica de Salvador) e especialista em Processo pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia



IBCCRIM

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

EDITOR DO BOLETIM:
Célio Eduardo Faria Coracini

JORNALISTA:
Gisele Vieira (MTb. 25.414)

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

ASSESSOR DE REDAÇÃO:
Geraldo Roberto de Souza

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:
Ameruso Artes Gráficas -
Tel. (11) 215-3596 -
Fax (11) 6591-3999
E-mail: ameruso@magnet.com.br

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

TIRAGEM:
14.850 exemplares

"As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto"

CORRESPONDÊNCIA:
IBCCRIM
Rua XI de Agosto, 52 -
2º andar - CEP 01018-010 -
S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607
(tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL
Departamentos:
Administrativo Financeiro: 2
Comunicação e Marketing: 3
Biblioteca: 4
Diretoria / Presidência: 5
Internet: 6
Secretaria Executiva: 7
Núcleo de Pesquisas: 8
<http://www.ibccrim.org.br>
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br
e publicacoes@ibccrim.org.br

Washington DC, ano de 2054: profundas modificações na lei penal, aliadas ao admirável avanço tecnológico, permitem que a persecução penal recaia sobre condutas que antecedem o início da execução do crime. Subverte-se, pois, o *iter criminis*, fazendo-se soar anacrônica a velha lição jurídica segundo a qual são impuníveis a cogitação ou os atos preparatórios do crime, salvo quando, em caráter de excepcionalidade, tais condutas constituam um tipo penal autônomo. A premissa é a certeza da ulterior execução do crime, que se funda na crença da infalibilidade dos meios tecnológicos à disposição. Este o mote da produção cinematográfica norte-americana intitulada *Minority Report*.

São Paulo, ano de 2002: a necessidade de se racionalizar o trabalho das polícias, aliadas ao admirável avanço tecnológico, permitem a realização de interrogatório de réu, preso no Centro de Detenção Provisória do Belém, através do programa de videoconferência. Ignoram-se normas internacionais de direitos humanos, então vigentes, que impõem seja toda pessoa presa conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade investida, por lei, do exercício de funções judiciais⁽¹⁾. A premissa é a equiparação do interrogatório digital à apresentação pessoal do réu ao juiz criminal, e se funda na crença de inexistência de prejuízo à ampla defesa na adoção do expediente. Este o mote de notícias veiculadas pela imprensa no mês de setembro de 2002, quando realizado o primeiro interrogatório digital à distância no Brasil.

O fato suscitou debate e polêmica, não só no meio jurídico, delineando-se duas posições distintas.

De um lado, argumenta-se que o trabalho que envolve a escolha dos milhares de réus presos para realização dos interrogatórios judiciais, demanda desvio de ponderável parcela do efetivo da Polícia Militar, em detrimento da eficácia almejada para o policiamento ostensivo. A tal argumento, acrescenta-se que os meios tecnológicos postos viabilizam a coleta de impressões precisas sobre os fatos tratados no processo penal, e sobre a postura do réu, mesmo através de meio digital, o que basta para a adoção da nova fórmula.

Em contraposição, afirma-se que a presença física do réu no ato do interrogatório judicial se faz imprescindível, posto que a videoconferência, nos moldes hoje possíveis, não possibilita a apreensão de dados outros, alheios à comunicação verbal, que podem fornecer preciosos elementos ao magistrado, ainda que com certa dose de subjetivismo.

Porém, o fator que se assoma preponderante na discussão, diz com a possibilidade, ou melhor, com a impossibilidade, de se obter a coleta fidedigna da manifestação da vontade do réu, expressa através da versão por ele deduzida naquele momento, à distância. A inegável ocorrência de abusos e ilegalidades no interior dos estabelecimentos prisionais por

agentes públicos já bastaria para se levantar fundada suspeita acerca da ausência de influências externas verificáveis no local da prisão do acusado quando de seu interrogatório.

Já na Inglaterra de 1679, quando da edição da Lei de *Habeas Corpus*, previa-se a imposição de imediata apresentação pessoal do preso em juízo, à vista da possibilidade dos responsáveis diretos pela custódia obstem a soltura do acusado⁽²⁾. E o fundamento da apresentação pessoal do réu já naquela época reconhecido, não se afigura descabido nos dias atuais.

Extraí-se do Relatório sobre a Tortura no Brasil produzido pelo Relator Especial sobre a Tortura da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), publicado em Genebra, em 11 de abril de 2001, a conclusão de que *"a tortura e maus tratos semelhantes são difundidos de modo generalizado e sistemático na maioria das localidades visitadas pelo relator especial no país e, conforme sugerem testemunhos indiretos apresentados por fontes fidedignas ao relator especial, na maioria das demais partes do País também. A prática da tortura pode ser encontrada em todas as fases de detenção: prisão, detenção preliminar, outras formas de prisão provisória, bem como em penitenciárias e instituições destinadas a menores infratores. Ela não acontece com todos ou em todos os lugares; acontece, principalmente, com os criminosos comuns, pobres e negros que se envolvem em crimes de menor gravidade ou na distribuição de drogas em pequena escala. E acontece nas delegacias de polícia e nas instituições prisionais pelas quais passam esses tipos de transgressores. Os propósitos variam desde a obtenção de informação e confissões até a lubrificação de sistemas de extorsão financeira. A consistência dos relatos recebidos, o fato de que a maioria dos detentos ainda apresentava marcas visíveis e consistentes com seus testemunhos, somados ao fato de o relator especial ter podido descobrir, em praticamente todas as delegacias de polícia visitadas, instrumentos de tortura conforme os descritos pelas supostas vítimas, tais como barras de ferro e cabos de madeira, tornam difícil uma refutação das muitas denúncias de tortura trazidas à sua atenção"*⁽³⁾.

A jurisprudência, de forma geral, já empresta relativa ou diminuta valia à confissão extrajudicial, à vista da maior vulnerabilidade e influenciabilidade do acusado em sede inquisitorial, sem a garantia da presença de um defensor habilitado e do juiz da causa, o que reforça a tese de que o interrogatório à distância pode transformar-se em ato meramente formal.

O quadro é ainda mais preocupante no Estado de São Paulo, onde, dada a inexistência da Defensoria Pública, ou instituição que faça frente à demanda de todos os processos criminais envolvendo réus pobres, a defesa destes acusados — grande maioria do contingente inserido no sistema penal e carcerário — só intervém no processo, via de regra, após a realização do interrogatório judicial, o que inviabiliza a presença do defensor no local da

inquirição do réu por videoconferência, a fim de coibir eventuais abusos.

Cabe lembrar ainda que o relatório da Comissão Especial da ONU acima mencionado sugere ao governo brasileiro que *"deveria haver um número suficiente de defensores públicos para garantir que haja assessoramento jurídico e proteção a todas as pessoas privadas de liberdade desde o momento de sua prisão"*⁽⁴⁾.

A fictícia punição dos atos antecedentes ao início da execução do crime, tratado na película norte-americana, fia-se cegamente, como dito, na infalibilidade do aparato investigatório, capaz de antever a realização do crime.

Por outro lado, a adoção do interrogatório à distância, sem garantir-se ao acusado a possibilidade de deduzir sua autodefesa livre de quaisquer influências externas, fia-se cegamente na impossibilidade de ocorrência de abusos ou desvios. Assim, a instituição da fórmula em questão, sem garantir-se a presença de um defensor público no local da inquirição, soa como a construção de um pavimento superior sem o estabelecimento de alicerces seguros.

Voltando à comparação inicial, temos que, no caso *hollywoodiano*, os efeitos especiais fornecem cenário convincente para o público e fértil para a indústria do entretenimento.

No segundo caso, tupiniquim, a terrível realidade carcerária, e a ausência de garantia da defesa técnica desde o momento da prisão do acusado, fazem lembrar a *"Torre sem Degraus"*, descrita por **Carlos Drummond de Andrade**, onde, *"no 15º andar, o último leitor de Dante, o último de Cervantes, o último de Musil, o último do Diário Oficial dizem adeus à palavra impressa e, no 31º, a lei afia seu arsenal de espadas inofensivas, e magistrados cobrem-se com cinzas de ovelbas crucificadas"*⁽⁵⁾. ◉

Notas

- (1) V.g. art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e art. 7º, item 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.
- (2) O texto legal, assim disponha em sua justificativa: *"Considerando que tem havido, por parte dos xerifes, carcereiros e outros funcionários encarregados de custodiar os súditos de Sua Majestade quando acusados de crimes efetivos ou supostos, grande demora em responder aos mandados judiciais de habeas corpus a eles dirigidos (...) usando de vários expedientes para evitar a obediência a tais mandados, contrariamente a seus deveres e às leis conhecidas do país, em razão do que vários súditos de Sua Majestade ficam detidos em cárcere privado quando podiam obter fiança o que lhes causa grandes ônus e vexames"* (apud **Fábio Konder Comparato**, in *"A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos"*, Saraiva, 1999, p. 75).
- (3) Fonte: sítio do Centro de Justiça Global - www.global.org.br.
- (4) Fonte citada.
- (5) In *"Boitempo & A Falta que Ama"*, Editora Vozes, 1976, pps. 172 e 173.

Renato Campos Pinto de Vitto

O autor é procurador da PAJ de Poá, Grande São Paulo

DECRETO Nº 4.495, DE 4 DE DEZEMBRO DE 2002

Concede indulto, comutação e dá outras providências.

O **Presidente da República**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso XII, da Constituição, tendo em vista a manifestação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, acolhida pelo Ministro de Estado da Justiça, e considerando a tradição de conceder, por ocasião das festividades comemorativas do Natal, perdão ao condenado em condições de merecê-lo, proporcionando-lhe a oportunidade de retorno útil ao convívio da sociedade, objetivo maior da sanção penal,

Decreta:

Art. 1º É concedido indulto ao:

I - condenado à pena privativa de liberdade não superior a seis anos que, até 25 de dezembro de 2002, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

II - condenado à pena privativa de liberdade superior a seis anos que, até 25 de dezembro de 2002, tenha completado sessenta anos de idade e cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

III - condenado à pena privativa de liberdade superior a seis anos que, ao tempo do crime, contava menos de vinte e um anos de idade e, até 25 de dezembro de 2002, tenha cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente;

IV - condenado à pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2002, tenha cumprido ininterruptamente quinze anos da pena, se não reincidente, ou vinte anos, se reincidente;

V - condenado à pena privativa de liberdade que seja:

a) cego, paraplégico ou tetraplégico, desde que tais condições hajam ocorrido supervenientemente à condenação; ou

b) acometido, cumulativamente, de doença grave, irreversível, em estado de incapacidade e que exija contínuos cuidados, comprovado por laudo médico oficial ou, na falta deste, de médico designado, nele devendo constar o histórico da doença, desde que não haja oposição do beneficiado, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição;

VI - condenado beneficiado com suspensão condicional da execução da pena até 31 de dezembro de 2001, ou que teve a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos, desde que tenha cumprido metade do período de prova ou da pena;

VII - condenado à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, beneficiado com livramento condicional até 31 de dezembro de 2001, desde que tenha cumprido metade do período de prova e que não tenha ocorrido sua revogação;

VIII - condenado que tenha obtido progressão a regime aberto até 31 de dezembro de 2001, sem que tenha havido posterior regressão;

IX - condenado à pena privativa de liberdade a ser cumprida inicialmente em regime aberto, desde que, em 31 de dezembro de 2001,

já tenha cumprido metade da pena e não tenha havido posterior regressão; e

X - condenado que se encontre cumprindo pena no regime semi-aberto e já tenha usufruído, no mínimo, de cinco saídas temporárias previstas no art. 122, incisos I e III, combinado com o art. 124, *caput*, da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

§ 1º Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do indulto ficará subordinada:

I - à constatação de inexistência da prática de falta grave nos últimos dois anos, contados retroativamente da publicação deste Decreto; e

II - à avaliação pelo juiz, por decisão motivada, de condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir.

§ 2º O indulto de que cuida este Decreto não se estende às penas acessórias previstas no Código Penal Militar e aos efeitos da condenação.

Art. 2º O condenado que, até 25 de dezembro de 2002, tenha cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente e não preencha os requisitos deste Decreto para receber indulto terá comutada sua pena de um quarto, se não reincidente, e de um quinto, se reincidente.

Parágrafo único. O agraciado por anterior comutação terá seu benefício calculado sobre o remanescente da pena em 25 de dezembro de 2002, sem prejuízo da remição (art. 126 da Lei nº 7.210, de 1984).

Art. 3º Constituem também requisitos para concessão do indulto e da comutação que o condenado:

I - não tenha sofrido sanção disciplinar por falta grave, apurada na forma do art. 59 e seguintes da Lei nº 7.210, 1984, durante os últimos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente a partir da publicação deste Decreto, computada a detração (art. 42 do Código Penal), ressalvado o disposto no art. 1º, § 1º; e

II - não esteja sendo processado por outro crime praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa ou por aqueles descritos no art. 7º deste Decreto.

Art. 4º Os benefícios previstos neste Decreto são aplicáveis, ainda que:

I - a sentença condenatória tenha transitado em julgado somente para a acusação, sem prejuízo do julgamento de recurso da defesa na instância superior; ou

II - haja recurso da acusação que não vise a alterar a quantidade da pena ou as condições exigidas para concessão do indulto e da comutação.

Art. 5º A inadimplência da pena pecuniária não impede a concessão do indulto ou da comutação.

Art. 6º As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se para efeito do indulto e da comutação.

Parágrafo único. Na hipótese de haver concurso com infração descrita no art. 7º, o condenado não terá direito a indulto ou comutação, enquanto não cumprir, integralmente, a pena correspondente ao crime impeditivo dos benefícios (art. 76 do Código Penal).

Art. 7º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os:

I - condenados por crime hediondo, de tortura e terrorismo;

II - condenados por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;

III - condenados que, embora solventes, tenham deixado de reparar o dano;

IV - condenados por crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam às hipóteses previstas nos incisos I, II e III deste artigo; e

V - condenados por crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

§ 1º As restrições deste artigo, do § 1º do art. 1º e do art. 3º deste Decreto não se aplicam às hipóteses previstas no inciso V do art. 1º.

§ 2º Aos condenados a pena privativa de liberdade aplicada não superior a quatro anos, não se aplicam as restrições deste artigo, cumpridas, todavia, as demais exigências (art. 1º, inciso I, e art. 3º, incisos I e II).

Art. 8º A autoridade que custodiar o condenado ou que for responsável pelo acompanhamento das condições do regime aberto, das penas restritivas de direito, da suspensão condicional da pena, do livramento condicional e o Conselho Penitenciário encaminharão ao juiz da execução penal a indicação daqueles que satisfaçam os requisitos necessários para a concessão dos benefícios previstos neste Decreto, no prazo de trinta dias, contados de sua publicação.

§ 1º O procedimento previsto no *caput* deste artigo poderá iniciar-se de ofício, a requerimento do interessado, de quem o representante, de seu cônjuge, parente ou descendente, do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, da autoridade administrativa e do médico que assiste o condenado que se enquadre nas situações previstas no art. 1º, inciso V.

§ 2º O juiz da execução penal proferirá decisão no prazo de trinta dias, a contar do recebimento da indicação ou do requerimento, dando prioridade aos processos de condenados presos.

Art. 9º Os órgãos centrais da Administração Penitenciária preencherão o quadro estatístico, de acordo com o modelo anexo a este Decreto, devendo encaminhá-lo, até 31 de março de 2003, ao Departamento Penitenciário Nacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça.

Parágrafo único. O cumprimento do disposto neste artigo será fiscalizado pelo Departamento Penitenciário Nacional e verificado nas oportunidades de inspeção ou de estudo de projetos lastreados em recursos do Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN.

Art. 10. Este decreto entra em vigor na data de sua publicação. ●

Brasília, 4 de dezembro de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Paulo de Tarso Ramos Ribeiro

Este texto não substitui o publicado no
DOU de 5.12.2002

Do novo Presidente da República e governadores até os senadores e deputados que assumem o mandato em janeiro e fevereiro deste ano, para o exercício do cargo outorgado através do voto, à frente da administração do Poder Executivo e compondo, respectivamente, os Legislativos Federal e Estaduais, pelo quadriênio 2003/2006, deve a sociedade cobrar o seguinte: **zelo pela coisa pública.**

Nos umbrais do novo milênio, no momento da posse dos dirigentes na esfera federal e estadual em todos os rincões deste emergente País, impõe-se aos eleitos o compromisso público de cuidar, respeitar e administrar honestamente a máquina pública, envidando esforços no sentido da construção da administração proba e voltada ao desenvolvimento social equilibrado dos administrados.

Com efeito, aqueles que passaram pelo crivo popular, via do sufrágio cidadão, devem honrar seus compromissos de campanha, desenvolvendo uma administração séria e preocupada com o interesse público, evitando o compadrio e a imoralidade da familiocracia no poder, divulgando, assim, os valores e princípios administrativos norteadores da conduta do administrador do futuro, preceituados pela norma geral e, em especial, sob severa observância da Lei nº 8.429/92.

Como mecanismo legal para o controle da injuridicidade das ações e omissões dos administradores, o legislador infraconstitucional lançou no mundo jurídico a afamada Lei de Improbidade Administrativa, visando refrear os desatinos e imprudências cometidas pelos maus administradores, prevendo sanções pecuniárias, além da possibilidade da perda do direito ao exercício político.

Neste sentido, mister se faz a análise acurada do instituto da improbidade praticada no âmbito da administração, visando clarear o entendimento sobre o tema em discussão, facilitando o conhecimento popular a cerca da legislação extraordinária.

A nomenclatura do ato improbidade assenta-se na existência de conduta vedada pela ordem jurídica, significando, literalmente, a falta de probidade, a ausência de honestidade no trato da coisa pública.

Talvez a escolha do nome jurídico im-

probidade tenha levado em conta o impacto do termo derradeiro, ofensivo, de chofre, ao suposto infrator, podendo desencadear conotações prejudiciais ao investigado — quando em andamento inquérito civil, sob a batuta do Ministério Público — em fase preliminar de apuração do comportamento hipoteticamente ímprobo, em desrespeito ao princípio constitucional da não culpabilidade, previsto pelo art. 5º, inc. LVII, CR.

Àqueles que não conhecem as letras jurídicas, cuida-se o inquérito civil de procedimento instaurado pelo órgão ministerial, representado pelo promotor de Justiça, visando investigar a conduta supostamente desonesta — em sentido amplo — do administrador.

O termo administrativa, por sua vez, derivado da terminologia administração, apresenta em si o procedimento típico praticado pelo agente desta no exercício de cargo, função ou emprego público, podendo ocorrer, verdadeiramente, na órbita do poder tripartido e não exclusivamente na seara dos órgãos executivos.

Esposado o significado da difundida expressão, largamente utilizada no meio jurídico, imperiosa se torna a imersão no âmago dos atos ímprobos, em análise substancial da questão amplamente discutida no campo político-jurídico.

A concepção administrativa deve orientar-se pelos princípios exaustivamente lembrados aos administradores públicos, configurados na legalidade, moralidade, impessoalidade, finalidade e publicidade.

O agir administrativo deve estar jungido à lei, vedando-se a extrapolação dos limites prefixados, sob pena de desfazimento do ato — dentre outras sanções — visando, no cerne, a realização da sonhada administração honesta e eficiente, alcançando, conseqüentemente, o objetivo social.

Se na esfera administrativa privada é facultado agir sempre que a lei não coíba, na

administração pública deve-se pautar pela conduta expressamente autorizada pela ordem jurídica positiva, atentando-se ao brocardo latino do atuar *secundum legem*.

Assim, à própria administração cabe exercer o autocontrole, resguardando a intervenção jurisdicional para os casos extremos, evitando-se, via de conseqüência, o abarrotamento e o congestionamento de processos na justiça, originados pelos atos praticados pelo poder público administrativo.

Deve, primacialmente, o administrado — o homem do povo, o cidadão — fiscalizar, atentamente, os atos praticados pelos administradores em geral, evitando-se a arbitrariedade e o descaminho da conduta administrativa.

No Estado Democrático de Direito — de respeito às leis e à ordem jurídica — assiste a sociedade, por si, através dos segmentos organizados, ou o cidadão, isoladamente, utilizar, de maneira incansável, dos recursos administrativos e reclamações junto ao poder público responsável pela prática do ato acioado pela ilegalidade.

A opção do administrado pelo acionamento da máquina judiciária, crescente após a modificação da ordem jurídica implantada pela Carta Política de 1988, tem gerado o acúmulo de processos em face dos agentes administrativos, tornando inoperosa e lenta a prestação jurisdicional.

A má administração é a grande responsável pela enxurrada de demandas de cunho político — oriundas de reiterados planos fracassados de governo — que sobrecarregam o Poder Judiciário, impedindo-o de dedicar-se, exclusivamente, aos conflitos sociais puros e particulares surgidos no seio da comunidade.

Na esfera do controle externo do poder tripartite, o sistema adotado pelo direito brasileiro, conhecido pela denominação de freios e contrapesos, prevê os mecanismos de tutela de um poder sobre o outro, capazes de assegurar a convivência harmônica e independente entre si, atingindo-se os objetivos republicanos, preceituados pela norma do art. 3º da Constituição Cidadã.

Noutro plano, confere-se ao Poder Legislativo o dever de fiscalização da conduta administrativa-executiva, em con-

A nomenclatura do ato improbidade assenta-se na existência de conduta vedada pela ordem jurídica, significando, literalmente, a falta de probidade, a ausência de honestidade no trato da coisa

A concepção administrativa deve orientar-se pelos princípios exaustivamente lembrados aos administradores públicos, configurados na legalidade, moralidade, impessoalidade, finalidade e publicidade.

➔ junto com os Tribunais de Contas, devendo os legisladores e conselheiros agir com independência, evitando-se o aconchego às falcatruas e ingerências praticadas pelos responsáveis na administração.

Na evolução da ordem democrática, defendida ardorosamente no apagar das luzes da ditadura, torna-se imperioso aos representantes das casas legislativas abandonar o casuísmo, substituindo o interesse pessoal pela proteção à coisa pública, evitando, ainda, o protecionismo ao chefe do poder executivo, trocando a barganha pela realização da vontade social, posicionando-se com independência e harmonia frente aos demais poderes, laborando, sempre, em prol do desenvolvimento e bem estar comum.

De outro lado, quando fracassam os controles citados anteriormente, ampliados pela inércia popular junto aos órgãos administrativos, surge — como suposta tábua de salvação das mazelas sociais — o Poder Judiciário, fiel escudeiro na defesa da lei, coluna cervical da manutenção da ordem democrática e repositório do desespero dos particulares contra as investidas ilegais de alguns representantes do Poder Público.

No entanto, para a intervenção do Estado-juiz, no controle jurisdicional da probidade administrativa, impõe-se vir à tona os fiscais da conduta da administração, assentados na iniciativa popular, ou através do representante ministerial, via da ação civil pública.

O norte para a análise da conduta perpetrada pelo administrador, ofensiva ao patrimônio público ou ao erário, repousa nas disposições da Lei nº 8.429/92, corroborada pela Constituição Republicana de 1988, em seu art. 37, § 4º, que criou as diretrizes para a edição da legislação ordinária mencionada.

Esta, em seu art. 4º, prevê — embora se trate de princípio geral de Direito Administrativo — a obrigatoriedade dos agentes públicos velarem pela observância estrita da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos afetos a si.

Ao administrador, no exercício da fun-

ção, é defeso promover atos que afrontem a lei e a ordem jurídica imposta, bem como não pode margear suas ações pelo favorecimento pessoal, através do nepotismo e clientelismo ou, de alguma forma, buscando sobrepujar o interesse particular, como se proprietário fosse da *res publica* devendo conduzir-se, incessantemente, pela moral jurídica — abstraindo-se, desta forma, o caráter subjetivista da análise — e, finalmente, orientando-se pelo critério da publicização dos atos praticados.

A visão ampliada do legislador, na elaboração da Lei de Improbidade Administrativa, conseguiu prever e diferir, acertadamente, a lesão ao patrimônio público e ao erário, respectivamente nos arts. 5º e 10º, descrevendo, no entremeio, as condutas ensejadoras de enriquecimento ilícito, através da norma do art. 9º do diploma especial.

A norma predominante na legislação especial reside, a meu ver, na proibição do agente público auferir vantagem econômica indevida, para si ou para outrem, ante o exercício ímprobo da atividade administrativa.

A análise das ações administrativas deve voltar-se a esta questão, indagando o observador sobre a ocorrência ou não da transfiguração da atividade pública *lato sensu*, em benefício da vontade particular, ferindo, frontalmente, os princípios basilares da ordem administrativista.

Finalizando, vale ressaltar que a participação popular na vigília diuturna da atuação administrativa, seja através dos mecanismos legais ou, em primeira e última instância, via da rejeição dos administradores corruptos e malfeitores quando dos pleitos eleitorais, em muito contribui para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da democracia brasileira, retirando o País, assim, da condição de “corrupto endêmico” e elevando-o, no cenário local e internacional, ao posto de nação desenvolvida socialmente e comprometida com a honestidade governamental. ●

Glendon Brito Freire

O autor é juiz de Direito da 1ª Vara de Goiatuba (GO)

GLEUTON BRITO FREIRE

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DA JUSTIÇA DO BRASIL, DR. PAULO DE TARSO RAMOS RIBEIRO

Vimos trazer a V. Exa. efusivos cumprimentos pela maneira democrática como foi conduzida a elaboração do Decreto de indulto (Dec. nº 4.495), inclusive com a realização de audiência pública a que estiveram presentes representantes da sociedade civil.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais considera que o mencionado Decreto representa um avanço, com relação aos indultos dos anos anteriores, pois responde, concomitantemente, à complexidade que impõe o crescimento da população prisional no país, bem como aos fins da pena criminal, por estarem claros os pressupostos de merecimento dos beneficiados.

No ensejo, receba V. Exa. os mais elevados protestos de consideração, e nossos sinceros votos de boas festas.

São Paulo, 12 de dezembro de 2002.

ROBERTO PODVAL
Presidente do Instituto Brasileiro
de Ciências Criminais - IBCCRIM

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O IBCCRIM tem satisfação de comunicar que o Ministério das Relações Exteriores do Brasil apresentou a candidatura de nossa sócia ativa, Sylvia Helena Figueiredo Steiner, para juíza do Tribunal Penal Internacional. A eleição para escolha dos 18 juizes ocorrerá entre 3 e 7 de fevereiro, na sede da ONU, em Nova York (EUA). A candidata brasileira já foi advogada criminalista atuante na defesa dos direitos humanos, procuradora de justiça federal, e atualmente é desembargadora, no Tribunal Regional Federal – 3ª Região.

NOTAS:

- Informamos a todos que já pode ser efetuada a assinatura de 2003 da **IBCCRIM**, que passa a contar com cinco volumes. Lembramos, ainda, que os associados do **IBCCRIM** possuem um desconto de 30% na assinatura da *Revista* e 20% em todo catálogo da *Revista dos Tribunais* (RT). O formulário com valores e formas de pagamento pode ser encontrado no site: www.ibccrim.org.br Informações para associados IBCCRIM: Depto de Comunicação e Marketing - Tel. (11) 3105-4607 Ramais: 144 ou 153

- O **III Fórum Social Mundial** acontecerá novamente em Porto Alegre (RS), Brasil, de 23 a 28 de janeiro de 2003. O **IBCCRIM** será representado pelo Núcleo de Pesquisas que presidirá a oficina: “Punição e violência: pobreza na ordem social”. Acompanhe conosco mais informações no nosso site: www.ibccrim.org.br

- A agenda de cursos e seminários regionais para 2003 está sendo formulada. Aguarde nos próximos boletins as informações e participe. Estamos abertos para contatos e realizações de eventos em qualquer cidade do país. Informações no Depto. de Cursos do **IBCCRIM** - E-mail: comkt@ibccrim.org.br ou pelo tel.: (011) 3105-4607 r. 153 e 144

A complexidade da chamada sociedade pós-moderna firmou, em xeque, diversas instituições. Na particular seara penal, isso não se deu de forma diversa. A consagração das novas tecnologias, bem como as situações de risco com elas advindas, acabaram por dar os novos contornos do que Beck denomina de sociedade de risco. Para a sua devida proteção, não raro, senão freqüente, consagrou-se o uso de previsões penais típicas de perigo, mormente a de perigo abstrato. Mais do que isso. A preocupação com as situações supra-individuais intentou um avançar em diversos outros campos, sempre buscando uma devida legitimação deste novo Direito Penal. É justamente neste novo e nebuloso horizonte, que se verifica a presença dos chamados bens jurídicos espiritualizados. Não obstante sua pretensa tentativa de resposta a indagações constantes, muitas já se fizeram suas críticas.

A observação do avanço evolutivo do conceito de bem jurídico-penal, desde **Birnbaum**, com seu estudo de 1834 sobre a honra, até as mais contemporâneas teses constitucionais, quer amplas, quer restritas, demonstra o eterno caminhar dogmático.⁽¹⁾ Entretanto, é de se perceber que, de início tratando de questões individuais para, ao depois, coletivas, chega-se, por fim, a um questionamento difuso. Justamente nesse particular, ao se cuidar dos chamados bens de terceira geração, é que vêm à lume as grandes celeumas hodiernas. O próprio entendimento estrutural do moderno Direito Penal passa, pois, por uma nova observação quanto a estes novos bens jurídicos.

A expansão do Direito Penal, causa direta dos novos riscos advindos principalmente a partir da segunda metade do séc. XX, tem causado muitos questionamentos na doutrina. É bem de se ver que o homem, em sua vivência em comum, sempre se viu deparado com inúmeros riscos; mas, por igual, inegável é que, principalmente a partir da segunda metade do séc. XX, com o advento de novas situações de risco, foi ele também submetido a uma inesperada vida mais perigosa. Na Europa, por exemplo, verificaram-se situações paradigmáticas, como o desastre de Chernobyl ou as dramáticas ocorrências relativas ao *Contergan*, *Lederspray* ou do Azeite de Colza. Em particular no Brasil, de se notar, além dos inúmeros

desastres naturais como os referentes a derramamentos de petróleo, a catástrofe ocorrida na Vila Parisi, São Paulo.⁽²⁾

Constante preocupação com tal estado de coisas, veio a propiciar novas criminalizações, estendendo o Direito Penal às áreas econômicas, ambientais e de consumo, entre outras. E pior. Para sua pretensa devida proteção, tem-se lançado mão de tipificações de perigo abstrato. Uma das justificativas para tanto reside no fato de que, sendo bem difuso, sem titular identificado, difícil se tornaria a constatação de dano real, devendo, pois, ocorrer o que se passou a entender por criminalização em

âmbito prévio ou antecipação da tutela penal.⁽³⁾ Ora, em assim sendo, sério questionamento passou a se dar quanto à própria configuração do bem jurídico.

Na realidade, parece claro que enquanto os bens jurídicos individuais e coletivos satisfaziam-se com uma proteção bastante atinente ao eventual efeito danoso, tendo por exceção o perigo potencial de dano, no que se refere aos bens difusos ou supra-individuais isso não se verifica. Meio ambiente, Direito Econômico ou do Consumidor, por exemplo, guardam peculiaridades próprias. Quer pelo fato de não se identificar uma vítima definida, quer por não se ter, em uma dada e concreta conduta, um perigo concreto à inteireza do bem protegido, tem dado, a doutrina, preferência pelo uso, em tais casos, de construção tipológica baseada em situações de perigo abstrato. A questão posta em pauta, no entanto, é se não viriam tais construções a ofender princípios constitucionais e se essas idealizações abstratas não careceriam de legitimidade ou dignidade penal.

Nesse contexto, e com pretensões explicativas-dogmáticas da aplicação de perigo abstrato, **Schünemann**, em meados da década de 70, expõe a conceituação de bem jurídico intermediário espiritualizado. Para ele, seriam, estes, bens supra-individuais com caráter imaterial, os quais desempenham verdadeira função de representação, reclamando uma autonomia e proteção próprias. Assim, considerando-se a difícil vi-

sualização, com uma única ação individual, de lesão ou mesmo de uma concreta colocação em perigo, concebe-se uma proteção abstrata. Em verdade, por tal edificação, somente poder-se-á considerar o bem jurídico protegido como lesionado se ocorrer uma reiteração generalizada de condutas que não respeitem as regras básicas.⁽⁴⁾ Com a dificuldade inerente à constatação relativa à qual, dentre diversas condutas, realmente, vem a causar efetiva lesão ao bem protegido, entende-se permitido um socorro às técnicas de crimes de perigo, em especial ao abstrato, por onde procurar-se-á resguardar o interesse de todo e qualquer atentado, e não só àqueles realmente danosos. Também se indaga quais os contornos desse bem, ou mesmo, como identificar a percepção da conduta punível ou mesmo do injusto típico.⁽⁵⁾

Seriam, contudo, estes novos conceitos necessários e suficientes para se responder às críticas postas quanto a não verificação do princípio da ofensividade nos crimes de perigo abstrato? Bastaria um novel giz do bem jurídico para responder às objeções postas quanto ao indiscriminado uso de figuras de perigo abstrato com o intuito de se proteger os bens difusos? Constatam-se inúmeras críticas ao postulado de **Schünemann**, e também de **Mata y Martín**, na Espanha. Por um lado, afirma-se pela dificuldade de determinação do grau de lesividade necessário a cada bem jurídico. Por outro, afirmam os seus opositores, que não se está a tratar de uma antecipação da tutela penal de bens essenciais, mas tão-só de uma proteção de bens que, por sua peculiar natureza, já exige o emprego de técnica abstrata.⁽⁶⁾

A atuação penal em campos difusos ou supra-individuais é, em última análise, o

real questionamento a ser feito. Necessitariam estes de uma proteção penal? Se sim, seria o referencial espiritualizado o adequado para justapor a aplicação criminal a determinada condu-

ta perigosa? Caso se venha a aceitar uma obrigatoriedade de construção penal para tais situações (com o que aqui, indiscriminadamente, não se concorda, dando-se preferência a outros postulados⁽⁷⁾), parece fundamental que, ao lado destes bens, quer espiritualizados, como propõe **Schünemann**, quer outras tantas interpretações

A expansão do Direito Penal, causa direta dos novos riscos advindos principalmente a partir da segunda metade do séc. XX, tem causado muitos questionamentos na doutrina.

A atuação penal em campos difusos ou supra-individuais é, em última análise, o real questionamento a ser feito. Necessitariam estes de uma proteção penal?

mesmo restritivas, como sugere **Roxin**,⁽⁸⁾ sejam, por igual, utilizados critérios de imputação objetiva caso a caso. Com tal instrumentalização, e a conseqüente avaliação do risco criado ou incrementado com determinadas condutas, poder-se-ia excluir do perigo abstrato unicamente sua preocupação *ex ante*, para, também, passar-se a ter uma consideração *ex post*.⁽⁹⁾ Talvez, dessa forma, melhor solução possa ser dada a um dos grandes paradoxos penais da atualidade. De todo modo, obrigatória é a análise destas questões, deixadas, muitas vezes, de lado, por preferência a uma técnica legislativa casuística.⁽¹⁰⁾ Muitas vezes, ao se analisar o Direito Penal difuso, acaba por se passar ao longo de tais entendimentos. Entrementes, quer para se defender a atuação criminal nessas novas searas, quer para se criticá-la, urgente é, também no Brasil, a ponderação quanto ao bem jurídico espiritualizado. Quem sabe assim, talvez passo maior possa ser dado pela dogmática nacional, a fim de melhor construir um pensamento sistêmico-organizado e em sintonia com o Direito Penal moderno, o qual prega, em última análise, ser sua missão a de proteção a bens jurídicos. ●

Notas

- (1) Cf., entre outros, **HORMAZABAL MALAREE, Hernán**. "Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)", Barcelona: PPU, 1991; **POLAINO NAVARRETE, Miguel**. "El Bien Jurídico en el Derecho Penal", Sevilla: Universidade de Sevilla, 1974; **PRADO, Luiz Regis**. "Bem Jurídico-Penal e Constituição", São Paulo: RT, 1996.
- (2) Cf. as ponderações feitas por **Beck** quanto a pluralidade de definições atinentes a cada vez mais riscos presentes na sociedade atual em **BECK, Ulrich**. "La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva modernidad". Tradução de **Jorge Navarro, Daniel Jiménez, María Rosa Borrás**, Barcelona: Paidós, 1998, p. 36 e segs. Cf. Também **CARO CORIA, Dino Carlos**. "Sociedades de Riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo". *Revista Peruana de Ciencias Penales* n° 9, 1999, pp. 177 e segs.
- (3) **SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel**. "El Moderno Derecho Penal y la Antecipación de la Tutela Penal", Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999, p. 12; **MENDOZA BUERGO, Blanca**. "El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo", Madrid: Civitas, 2001, pp. 51 e ss.
- (4) Cf. **SCHÜNEMANN, Bernd**. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit – und Gefährdungsdelikte", apud **CORCOY BIDASOLO, Mirentxu**. "Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales", Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 260. Em Espanha, similar pensamento é defendido por **Mata y Martín**, ao traçar a idéia de bem intermediário. Cf. **MATA Y MARTÍN, Ricardo M**. "Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro", Granada: Comares, 1997, pp. 23 e segs. Quanto a este último, interessante é a análise procedida por **CARO CORIA, Dino Carlos**. "Derecho Penal del Ambiente. Delitos y Técnicas de Tipificación", Lima: Horizonte, 1999, pp. 513 e segs.
- (5) Cf. **GIUSINO, Manfredi Parodi**. "I Reati di Pericolo tra Dogmatica e Política Criminale", Milano: Giuffrè, 1990, pp. 296 e segs.
- (6) Cf. **MENDOZA BUERGO, Blanca**. "Límites Dogmáticos y Político-Criminales de los Delitos de Peligro Abstrato", Granada: Comares, 2001, pp. 53 e segs. Outros tantos problemas também são mencionados, tais como o da freqüente confusão relativa ao elemento subjetivo da conduta atentatória a bens jurídicos espiritualizados. Cf. **CORCOY BIDASOLO, Mirentxu**. Op. cit., pp. 292 e segs.
- (7) De se ver que bem distinta é separação conceitual elaborada por autores da Escola de Frankfurt e outros, como o próprio **Schünemann**. Os primeiros entendem que a própria noção intermediária espiritualizada de tais bens, por não refletir lesão individual definida, acaba por deslegitimar a aplicação penal em tais casos. Já os segundos, pretendendo uma reorientação técnica, têm para si que a noção intermediária reflete, a seu tempo, também uma preocupação individual. **Carlos Martínez-Buján Pérez**, por sua vez, em tratando do Direito Penal Econômico, traça outro caminho, desenhando uma diferenciação dicotômica entre bem jurídico mediato, caracterizado como um bem coletivo imaterial ou institucionalizado, e bem jurídico imediato, que seria o interesse diretamente tutelado em sentido técnico. Ambos, pois, seriam vislumbrados nos bens difusos. Cf. **MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos**. "Derecho Penal Económico – Parte General", Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, pp. 98 e segs.
- (8) **ROXIN, Claus**. "Derecho Penal. Parte General", tradução e notas: **Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal**. Madrid: Civitas, 1997, tomo 1, p. 411.
- (9) Compreendendo-se, aqui, um passo além do pregado por **Schröder** quanto ao perigo abstrato-concreto. Cf. **ANGIONI, Francesco**. "Il Pericolo Concreto come Elemento della Fattispecie Penale – la struttura oggettiva", Milano: Giuffrè, 1994, pp. 59 e segs; **FIANDACA, Giovanni**. "La tipizzazione del pericolo". *Dei Delitti e delle Pene*, anno II, n° 3, 1984, pp. 441 e segs.
- (10) Cf. as interessantes ponderações conclusivas em **CORCOY BIDASOLO, Mirentxu**. Op. cit., pp. 373 e segs.

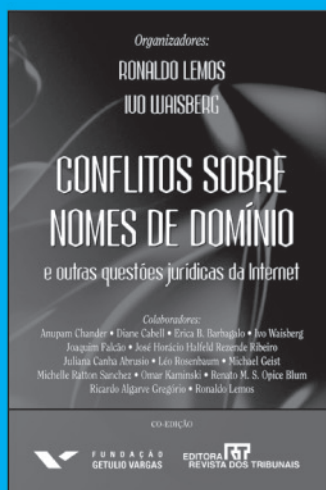
Renato de Mello Jorge Silveira
Advogado em São Paulo e
doutor em Direito Penal pela FDUSP

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

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
- **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 C.P.C.
 - Curso Forense - Ribeirão Preto
 - Ordem dos Advogados do Brasil
 - Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
 - Sistema Educacional Sorocaba Ltda.
 - Veredito Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

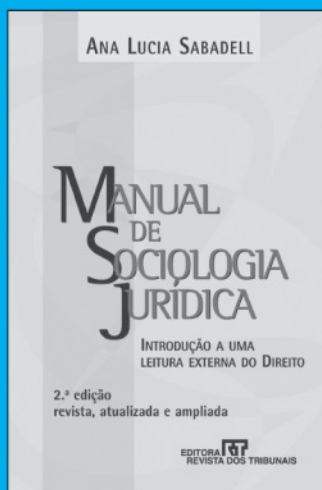
novidades RT



cód. 002325 • 426 páginas

Devido ao crescimento da internet, nomes de domínio passaram a entrar em conflito com marcas registradas. Com isso, normas envolvendo nomes e endereços na internet foram as que primeiro desenvolveram-se, manifestando-se de diversas formas. Conflitos sobre nomes de domínio preocupam-se em discutir as manifestações desse corpo normativo, reunindo uma singular compilação de textos que abordam o que

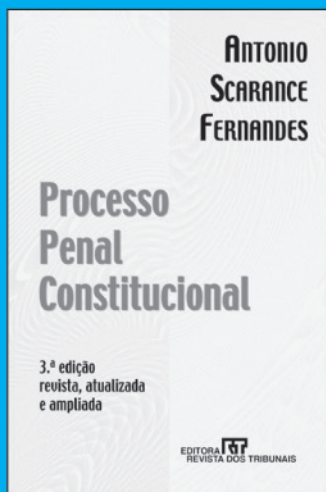
existe de mais atual e relevante sobre o tema, tanto no Brasil quanto no exterior, como a utilização no mercado financeiro, a responsabilidade dos provedores e os direitos autorais.



cód. 002310 • 238 páginas

Os juristas-sociólogos examinam as causas sociais que determinam a criação, a ampliação e a modificação do direito e, ao mesmo tempo, analisam o papel do direito na sociedade. Este trabalho trata de questões como eficácia e funções do direito; anomia e controle social; mudança na sociedade por meio do direito; do direito e do poder; pluralismo jurídico; papel dos juizes, dos advogados e da polícia na ampliação do direito; opinião pública e direito. Utilizando

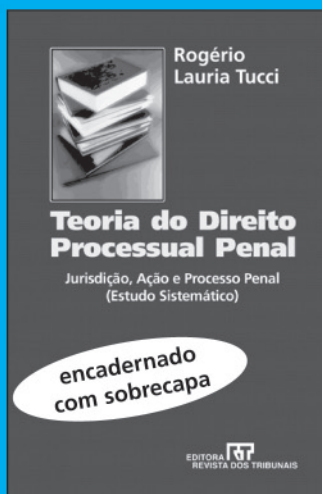
uma linguagem clara e dando definições simples e informações concisas, procura-se familiarizar o leitor com as obras dos autores que construíram, no século XX, a sociologia jurídica. O objetivo desse livro é levar o estudante de Direito a uma reflexão sobre o sistema jurídico e sua realidade, ajudando-o a entender a função das profissões jurídicas que pretende exercer.



cód. 002311 • 382 páginas

A obra apresenta uma visão constitucional do processo, abordando a legislação brasileira em face das principais tendências do direito processual penal. Analisa com profundidade processo e procedimento, dissecando o devido processo penal, a garantia de igualdade e do contraditório, a publicidade no processo, prova, procedimento e prazo. Na seqüência, explana com maestria temas como jurisdição e competência,

ação penal e investigação criminal, direito de defesa e medidas cautelares. Nesta terceira edição, houve a inserção de acórdãos, principalmente dos Tribunais Superiores e foram acrescentados tópicos como o relativo ao princípio da proporcionalidade e atualizações recentes das mudanças na legislação brasileira, merecendo destaque as anotações feitas à Lei dos Juizados Especiais Federais e sua influência no conceito geral de infração de menor potencial ofensivo. Destaque para o capítulo exclusivo sobre o Direito de Defesa, expressamente garantido na Constituição.



cód. 002319 • 256 páginas

A presente obra é fruto das idéias extraídas do mestre Canuto Mendes de Almeida, do estudo constante e contínuo há mais de três décadas e dos debates em centenas de aulas da disciplina de Direito Processual Penal no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP. Trata-se de uma análise sistemática do direito processual penal brasileiro à luz da Constituição em vigor. Foi dividida pelo autor, por razões didáticas, em:

Jurisdição, ação e processo penal. No trato de cada uma delas, o autor fez um estudo minucioso de seus aspectos mais relevantes, procurando afastar a concepção (civilística, à evidência) de uma teoria geral do processo, lançando as bases sólidas para a construção de uma teoria particularizada ao processo penal, tal como ele é, destacadamente, no universo jurídico.

livraria RT

Visite a Livraria RT Virtual: www.livrariart.com.br
A mais completa livraria jurídica do País, também na web.

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

Rua Conde do Pinhal, 80
São Paulo • SP • CEP 01501-060
• Telefax: (11) 3107-2433
• rtsp@livrariart.com.br

Rua Hannemann, 352 • USF
Colégio Santo Antônio do Pari
São Paulo • SP • CEP 03031-040
• Tel.: (11) 3313-3441
• rtusf@livrariart.com.br

Av. Tiradentes, 1.817
Itu • SP • CEP 13300-000
• Telefax: (11) 4024-2388
• rtitu@livrariart.com.br

Rua da Assembléia, 83
Rio de Janeiro • RJ • CEP 20011-001
• Tel.: (21) 2533-7037/7038
• Fax: (21) 2533-4660
• rtrio@livrariart.com.br

Rua Voluntários da Pátria, 547
Curitiba • PR • CEP 80020-000
• Telefax: (41) 323-2711
• rtcuritiba@livrariart.com.br