



VII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

As inscrições para o VII Seminário continuam abertas. Não deixe para a última hora e garanta já as melhores vantagens para participar do maior evento das ciências criminais. Até 31 de julho os preços para associados poderão ser parcelados em até cinco vezes sem juros!!

Presenças internacionais confirmadas: Eduardo Galeano, Jesús Maria Silva Sanchez, Félix Herzog, Francesco Palazzo, Pedro Caeiro, Adolfo Ceretti, Rosa del Olmo, Francesc Barata, Jorge de Figueiredo Dias, Luis Fernando Niño, Encarna Bodelon, Stella Maris Martinez. O programa completo e a ficha de inscrição podem ser obtidos diretamente no IBCCRIM ou pelo site: www.ibccrim.com.br
Informações e Inscrições: Departamento de Comunicação e Marketing - Rua Onze de Agosto, 52 - 5º Andar - CEP 01018-010 Tel. (11) 3105-4607 ou Fax (11) 3105-0109.

II SEMINÁRIO DE DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

Realizado pelo IBCCRIM em parceria com a Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT), o evento aborda dois temas centrais: *A Nova Lei de Crimes Previdenciários - Lei nº 9.983/00* e *Os crimes Contra a Ordem Tributária - Arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90*.
Palestrantes: Vicente Greco Filho, Sérgio Rosenthal, Luiz Vicente Cernicchiaro e Zelmo Denari.
Data: 17 e 18 de setembro 2001
Local: Transamérica Flat International Plaza - Al. Santos, 981 - Jardins - São Paulo - SP.
Horário: das 19 às 22 horas
Informações e Inscrições:
E-mail: marketing@ibccrim.com.br
Tels.: (11) 3105-4607 e 3105-0109

EDITORIAL

Não seria difícil cumprir a tarefa de montar um texto sobre a matéria que se tornou a coqueluche do dia: a redução da idade penal. Poder-se-ia fazer, até, com ressaibo de erudição. Bastava respigar frases nos bons e numerosos artigos que as revistas estampam miudamente.

Por que esse tema é recorrente na fala de quem se convencionou chamar operador do Direito?

Afora o que há de sério, há populismo, há ingenuidade, há fascismo.

Na Alemanha de Hitler, na União Soviética de Stalin, as pessoas (não seriam muitas as que estavam soltas!) não correriam o risco de andar na rua. A polícia tinha noção clara do que era a "sociedade sã". Matava-se o que quer que fosse dissemelhante do padrão "normal" das pessoas. Dilargava-se o campo dos cemitérios com o corpo dos "marginais": os malvestidos, os famintos, os bêbados, os toxicômanos, as prostitutas, os homossexuais, os de outra cor, os de outras línguas, os de outro Deus.

A outra espécie são os que acreditam que basta ter polícia na rua: os ingênuos.

E há os espertos, que vêem no tema um filão eleitoral: "lugar de bandido é na cadeia". E ganham, porque há pobres sem senso crítico, há ricos sem senso crítico, há doutores sem senso crítico: "me engane, que eu gosto".

Não se entende fácil essa grita, esse reclamo por mudar a lei, a menos que ele proviesse dos que são mais concessivos com os desca-minhos dos jovens.

Essa visão não é compartilhada com a generalidade das pessoas, porque, em seus ouvidos, ressoa o martelar intermitente do rádio, jornal, televisão, clamando por penas mais duras, redução da faixa de imputabilidade para 16, 14 anos, ou menos ainda...

Por que será que os juristas, na maior parte, não pensam assim? São suicidas? Querem mal ao povo? São malucos?

Antigamente, era matéria de pesquisa. Hoje é de senso comum: a causa da violência no jovem é a falta de expectativa. Que pode esperar, hoje, um moço que termina o colegial (onze anos de estudo) e não pode prosseguir? Os que prosseguem não estão tensos a indagar como será o amanhã? E os que não têm o que comer?

Não pense, "a sociedade sã", que a perturbação não está a cutucar-lhe o calcanhar.

Com a televisão a esbanjar cenas de vio-

lência de todo o matiz, vai-se o tempo em que o professor deleitava-se com a amizade do aluno: leia-se *"Ao Mestre Com Porrada"*, de Gilberto Dimenstein (*Folha de S. Paulo*, 03.06.01). Ele tira o sono dos que pensam que são espectadores. Alunos de colégios particulares não estão imunes: *"xingamentos, palavrões, dedo em riste e até ameaça de agressão também fazem parte da rotina das escolas mais ricas"*.

É o Direito Penal que faliu? Precisamos de prisão perpétua? A pena de morte não resolveria? Tudo não é culpa desse Estatuto da Criança e do Adolescente que quer tratar esses monstrinhos a pão-de-ló?

Alberto Silva Franco está careca de falar, de escrever, que o Direito Penal não é panacéia; ele só serve quando os outros expedientes falharem.

Aventuroso, mais que aventuroso, deletério seria preferir as opções do Código penal às medidas de teor punitivo, mas pedagógicas, que o Estatuto da Criança e do Adolescente põe à mão da Justiça.

Quer isso dizer que a solução tem que ser política. Judiciário, Executivo (Legislativo, quando convier inovar a norma genérica), consertando esforços para fazer do isolamento o veículo de recuperação do infrator. Se já é uma aberração juiz que se compraz de ser a voz que recita a lei, imagine-se um juiz de menores, um curador de menores que se limite a proferir sentença, a emitir pareceres!

Para não dizer que se alinham aqui argumentos chochos, compulse, o leitor exigente, o *Boletim* nº 23, ano 5, da Associação Juízes para a Democracia, onde topará com o *"Manifesto Contra a Redução da Idade Penal"*, elaborado pela associação e 27 entidades.

Para que este instituto não fique atrás, tome-se seu *Boletim* nº 103, fls. 2: *"Combate às Consequências"*, das procuradoras do Estado Beatriz Rizzo Castanheira e Carmen Sílvia de Moraes Barroso. É texto bem escrito? Não é só isso. O pe. Vieira, nos *"Sermões"*, sempre insistiu em que mais valem as obras que as palavras. O texto delas — por bem pensado, bem vivido — são obras. É o planejamento viável e indispensável para o início. É coisa de ser colocada na mesa de trabalho dos juízes, na pauta do secretário de Assuntos Penitenciários.

E como diria o advogado Luís Francisco Carvalho Filho, no seu pequeno, grande livro: nada mais foi dito nem perguntado.

O Princípio Constitucional da Determinação Taxativa e os Delitos Ambientais

JOSÉ NABUCO FILHO

ÍNDICE

Boletim IBCCRIM - Junho/2001 - nº 104

• Editorial:	01
• O Princípio Constitucional da Determinação Taxativa e os Delitos Ambientais - José Nabuco Filho	02
• Aborto: Uma Questão de Política Criminal - Olga Espinoza Mavila e Daniela Ribeiro Ikawa	04
• A Luta Contra a Impunidade do Massacre de Carajás - Carlos Guedes do Amaral Junior	06
• Arma de Brinquedo e o Princípio da Legalidade - Leandro Gornicki Nunes	08
• Servir Bebida Alcoólica a Menor de 18 Anos: Crime ou Contravenção? - Edson Miguel da Silva Jr.	09
• Delinquência Juvenil se Resolve Aumentando Oportunidades e Não Reduzindo Idade Penal - Tulio Kahn	11
• A Nova Denúncia Caluniosa? - Juliana Ferreira Rossi	12
• Com a Palavra, o Estudante: A Personalidade do Agente Como Circunstância Judicial na Aplicação da Pena - Ricardo Luiz de Abreu	14

Caderno de Jurisprudência

• Comentários a Decisões: A Lei de Tortura Que Se Quer Ver Aplicada - Helena Regina Lobo da Costa	537
• O Direito Por Quem o Faz: O Direito ao Silêncio	538
• O Direito Por Quem o Faz: Arma Sem Potencialidade Lesiva Não Configura a Majorante do Art. 157, § 2º, Inc. I, do Código Penal	539
• Supremo Tribunal Federal	540
• Superior Tribunal de Justiça	541
• Tribunal Regional Federal	542
• Tribunal de Justiça	543
• Tribunal de Alçada Criminal	544

O mais relevante princípio limitador do poder punitivo do Estado, um dos pilares do Estado Democrático de Direito,⁽¹⁾ o princípio da legalidade está previsto no ordenamento jurídico brasileiro no seu art. 1º do Código Penal e no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República.

A legalidade penal teve seu ponto marcante no Iluminismo, sobretudo com a obra de **Beccaria** (1764),⁽²⁾ que combateu o sistema da casuística, vigorante naquele momento histórico. Assim, se pretendia evitar o arbítrio judicial, posto que cabia ao magistrado a extensão do fato concreto a casos análogos, casuisticamente descritos.⁽³⁾ Claramente, portanto, o princípio surgiu como limite ao exercício arbitrário do poder punitivo do Estado moderno, ou seja, instrumento de garantia do cidadão.

O princípio da legalidade é expressamente previsto pela Constituição da seguinte forma: "*não há crime sem lei anterior que o defina*" (art. 5º, XXXIX).

Desse modo, a palavra *lei* representa a reserva legal, ou legalidade *stricto sensu*, segundo o qual o crime e pena só existirão se houver lei federal em sentido formal, ficando excluída qualquer possibilidade de criação de crime através do direito consuetudinário, bem como a proscrição da analogia para incriminar ou agravar a pena.

O princípio da anterioridade, expresso na palavra *anterior*, impõe que a entrada em vigor de lei penal incriminadora seja anterior ao fato, conseqüentemente vedando-se que alguém seja apenado se no momento da ação esta não era tipificada, e que o autor seja prejudicado com o agravamento, quantitativo ou qualitativo, da pena por lei posterior ao fato.⁽⁴⁾

Eis os dois corolários do princípio da legalidade que são mais enfatizados. Contudo, não são os únicos, nem os mais importantes.

Como terceiro desdobramento, está o princípio da determinação taxativa, expresso no vocábulo *defina*, que impõe a precisão do tipo penal; exige que a lei estabeleça limites seguros e parâmetros exatos.

Como se vê, não se trata de um mero princípio de política criminal sem efeito vinculante, mas de princípio constitucional que representa relevante limitação material na elaboração legislativa, a qual se desatendida inquina de inconstitucional a lei penal.

Como aspecto material do princípio da legalidade, tem-se a proibição de leis penais e penas indeterminadas (*nullum cri-*

men, nulla poena sine lege certa). Isso porque se o princípio da legalidade visa a proteger o cidadão frente ao arbítrio judicial, limitando o poder punitivo, uma lei indeterminada, vaga, imprecisa, a par de formalmente em ordem, não cumpriria essa função limitadora.⁽⁵⁾ Como aponta **Mir Puig**, o requisito material da legalidade, consubstanciado no mandato de determinação, visa a evitar a vulneração do significado de segurança e garantia que ocorreria se a lei passasse a "*utilizar cláusulas gerais absolutamente indeterminadas*".⁽⁶⁾ Portanto, a taxatividade se impõe constitucionalmente, tanto pelo sentido literal, por vir expressamente prevista mediante a palavra *defina*, como, e sobretudo, pelo sentido teleológico, ou seja, o fim da lei penal é o de estabelecer uma garantia do cidadão frente ao poder punitivo.⁽⁷⁾

Em outras palavras, de nada adianta a observância da legalidade sob o aspecto formal e temporal, se a lei que entra em vigor é indeterminada, porquanto não impede o arbítrio judicial.

Ademais, a lei indeterminada não cumpre qualquer função de prevenção geral — posto que o indivíduo não pode saber o que é legalmente permitido — e extrai a base de provação (*reproche*) da culpabilidade.⁽⁸⁾

A legalidade tem, ainda, como fundamentação o princípio democrático baseado na separação de poderes.⁽⁹⁾ Se a lei penal é vaga, imprecisa, existe uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, na medida em que o Judiciário, ante a excessiva margem interpretativa, terá de suprir uma atribuição do legislador, com clara usurpação, ao regular, efetivamente, a matéria.⁽¹⁰⁾

Atualmente, a ameaça ao princípio da legalidade provém exatamente da afronta ao princípio da determinação taxativa. Nem mesmo o mais autoritário dos legisladores preconiza, por exemplo, a tipificação de crimes por decreto ou portarias ou o efeito retroativo de normas penais incriminadoras, o que seria a mais incrível das aberrações penais.

Tanto é que as mais graves violações históricas à legalidade penal, especialmente durante o nazismo — penalizando a conduta "*que merece punição segundo o conceito básico de uma lei penal e a sã consciência do povo*" — e o stalinismo — que tipificou "*uma ação qualquer, considerada socialmente perigosa*" —, não contrariaram o dito princípio nem através da reserva legal, nem da an-

terioridade da lei, mas da taxatividade. Por isso **Welzel** afirmou que "*¿El verdadero peligro que amenaza al principio nulla poena sine lege no es de parte de la analogia, sino de las leyes penales indeterminadas?*"⁽¹¹⁾

A Lei nº 8.605/98, dentre muitas outras teratologias, foi pródiga na violação do princípio da determinação taxativa. A razão talvez resida em dois aspectos: primeiro a falta de técnica legislativa, por desconhecimento de fundamentos basilares do Direito Penal e, segundo, uma clara intenção de, ao criar tipos vagos, impossibilitar que os atos lesivos ao meio ambiente escapem das malhas da lei. Desse modo, com expressões excessivamente genéricas, visa-se a possibilitar que toda conduta que se entenda lesiva, embora não descrita, se *encaixe* na vagueza do tipo. Esse grave defeito, que macula de inconstitucional diversos tipos da referida lei, tem sido apontado por autores comprometidos com uma visão garantística do Direito Penal.⁽¹²⁾

Por primeiro, confira-se o art. 40 da Lei Ambiental que descreve a conduta de "*causar dano direto ou indireto*" às unidades de conservação, existindo, no § 3º, a previsão de delito culposo. A amplitude da expressão afronta o conteúdo garantístico do tipo. Não há definição do que seja dano indireto, sobretudo causado culposamente.

Por sua vez o art. 49 descreve a conduta de "*maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação*", com previsão de crime culposo. Além de ignorar o princípio da intervenção mínima, tipificando conduta de nenhuma lesividade ao meio ambiente, no que concerne ao núcleo "maltratar" o princípio da taxatividade foi violado. Com efeito, é exageradamente ampla a expressão, notadamente associada à flora. Como se pode maltratar uma samambaia? O transeunte que por imprudência esbarra na orquídea de uma propriedade privada, quebrando várias pétalas, comete o delito? Claramente, para cada pessoa haverá uma resposta diferente. Sobre a concepção do que seja maltratar planta, haverá uma diversidade proporcional à variação da opinião existente sobre o meio ambiente.

Também excessivamente genérico é o art. 54, que descreve a conduta de "*causar poluição de qualquer natureza em níveis tais...*", contendo ainda o elemento normativo "*destruição significativa da flora*".

Da mesma forma o art. 68 pune a conduta de quem tem dever contratual ou legal e descumpre "*obrigação de relevante interesse ambiental*". Aqui a imprecisão do tipo chegou ao extremo. Note-se que, se for considerado constitucionalmente válido esse crime, ter-se-ia, a rigor, uma criminalização por contrato, na medida em que qualquer contrato, ao estabelecer um dever ambiental às partes, ante o descumprimento de

tal obrigação, teria como consequência a prática do crime. A expressão *relevante* nada restringiria o poder punitivo, pois é expressão abstrata, vaga, cujo conteúdo variaria de acordo com a formação cultural do intérprete.

Saliente-se que o tema meio ambiente é relativamente novo e, em uma sociedade multicultural, suscita uma gigantesca diversidade de opiniões e entendimentos. Não há como se negar que entre o entendimento de um jovem estudante, que desde cedo é educado sobre a questão ecológica, e o de um adulto de terceira idade criado na zona rural, haverá uma diferença brutal, sobre o que seja maltratar uma planta (art. 49) ou praticar abuso ou maus-tratos em animal (art. 32). Para o primeiro, por exemplo, talvez seja maltratar o cavalo o uso de esporas, que para o segundo nada mais é que um instrumento usual para a cavalgada.

Aplica-se aos citados tipos da lei ambiental a análise de **Roxin** sobre o conceito da contravenção do revogado Código Penal alemão que descrevia a "*desordem ou abuso grave*" (§ 360, nº 11): "*cada individuo tiene al respecto concepciones sumamente personales (como lo prueba el uso del lenguaje), por lo que las posibles 'interpretaciones' del concepto llegan hasta el infinito*".⁽¹³⁾

Dessa forma, os mencionados crimes são flagrantemente inconstitucionais, por afronta ao princípio da taxatividade, um dos três corolários da legalidade (art. 5º, XXXIX, CR).

Por outro lado, há quem defenda que, pela complexidade do meio ambiente, não haveria como se descrever com precisão as condutas ecologicamente danosas, sendo necessário um grau de imprecisão para que cada lesão concreta ao meio ambiente não ficasse sem punição.⁽¹⁴⁾ Essa visão nada mais é que a idéia de ponderação, segundo a qual seria admissível uma flexibilização proposital da taxatividade, visando objetivos políticos-criminais, para que se puna condutas socialmente lesivas. No entanto, há que se objetar que o mandato de certeza, ao representar a finalidade de garantia da norma penal, é irrenunciável, não se admitindo uma relativização da legalidade, de todo incompatível com um Estado Democrático de Direito.⁽¹⁵⁾ Se determinada conduta socialmente lesiva não pode ser tipificada com respeito à taxatividade, há que se recorrer a outros ramos do Direito. Vale dizer, ou se tipifica taxativamente ou não se tipifica.

Assim não se pode abrir mão desta garantia individual, por nenhuma razão, mesmo que se apresente algum inconveniente — inconveniência discutível — na tutela ambiental. Seria intolerável que para se tutelar o meio ambiente se atacasse tão gravemente uma das mais relevantes conquistas da liberdade individual, "*supremo postulado politicocriminal del derecho penal moderno*".⁽¹⁶⁾

NOTAS

- (1) **ROXIN, Claus.** "Derecho Penal: Parte General", t. I, tradução e notas **Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal**, Madrid: Civitas, 1997, p. 137. Trata-se de "*la expresión de uno de las más importantes fines de garantía individual asumidos por el Derecho Penal moderno*" (**SÁNCHEZ, Jesús-María Silva.** "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", Barcelona: Bosch, 1992, p. 252).
- (2) **BECCARIA, Cesare.** "Dos Delitos e das Penas", §§ II, IV e V.
- (3) **VALIENTE, Francisco Tomás y.** "La Tortura en España", 2ª ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 158.
- (4) **WELZEL, Hans.** "Derecho Penal Aleman", 12ª ed., 3ª ed. castelhana, trad. **Juan Bastos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez**, Santiago do Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987, p. 35; **ROXIN**, pp. 137-141; **FRANCO, Alberto Silva.** "Crimes Hediondos", 4ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 51.
- (5) **ROXIN**, p. 169.
- (6) **MIR PUIG, Santiago.** "Derecho Penal: Parte General", 5ª ed., Barcelona: Reppertor, 1998, p. 78.
- (7) **ROXIN**, p. 169.
- (8) **ROXIN**, p. 169.
- (9) **ROXIN**, p. 145.
- (10) **ROSAL, Manuel Cobo del; ANTÓN, Tomás S. Vivés.** "Derecho Penal: Parte General", Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 66. **ROXIN**, p. 169. **HUNGRIA, Nelson.** "Comentários ao Código Penal", vol. 1, t. I, Rio de Janeiro: Forense, 1958. **LOPES, Maurício Antonio Ribeiro.** "O Princípio da Legalidade Penal", São Paulo: RT, 1994, p. 131. De fato, como aponta **Sánchez**, a legitimação democrática do juiz para impor a sanção penal, na medida que este não é escolhido popularmente, deriva da lei, que é a representação da vontade geral. Em outras palavras o legislador, ao elaborar a lei penal, legitima o juiz a aplicar a pena. Precisamente por isso, há que se ter precisão na lei penal, pois só o legislador tem legitimidade para estabelecer quais condutas devem ser proibidas (**Sánchez**, p. 257).
- (11) **WELZEL**, p. 40.
- (12) Por todos, v.: **PRADO, Luiz Régis.** "Crimes Contra o Ambiente", São Paulo: RT, 1998. Mais especificamente em "Princípios Penais de Garantia e a Nova Lei Ambiental", **Boletim IBCCRIM** nº 70, set/98, p. 10.
- (13) **ROXIN**, p. 173.
- (14) "Por força do princípio da legalidade ou da reserva legal (CP, art. 1º), a norma penal deve descrever por completo as características do fato, a fim de que o agente possa defender-se. Em matéria de Direito Penal Ambiental isto nem sempre é possível. É que as condutas lesivas ao meio ambiente não permitem, na maioria das vezes, uma descrição direta e objetiva" (**FREITAS, Gilberto Passos; FREITAS, Wladimir Passos.** "Crimes Contra a Natureza", 6ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2000, pp. 34-35). Curiosamente, entre parênteses, os autores mencionam como fonte da reserva legal apenas o art. 1º do Código Penal, omitindo sua previsão constitucional, no art. 5º, XXXIX.
- (15) **ROXIN**, p. 171 e **SÁNCHEZ**, p. 257.
- (16) **CARRASQUILLA, Juan Fernández.** "Derecho Penal Fundamental", vol. II, Bogotá: Temis, 1995, p. 18.

O autor é advogado em São Paulo, mestrando em Direito Penal pela Unimep e professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Jaú.



IBCCRIM
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
 (IBCCRIM) FUNDADO EM 14-10-92

DIRETORIA DA GESTÃO 2001/2002

PRESIDENTE: Roberto Podval

1º VICE-PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

2º VICE-PRESIDENTE: Adriano Salles Vanni

1º SECRETÁRIO: Geraldo Roberto de Souza

2º SECRETÁRIO: Cecília Souza Santos

3º SECRETÁRIO: Paola Zanelato

TESOUREIRO: Tatiana Viggiani Bicudo

TESOUREIRO-ADJUNTO: Mariângela Magalhães Gomes

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA: Silvia Helena Furtado Martins, Adriana Haddad Uzum e Adilson Paulo Prudente do Amaral Filho

DEPARTAMENTO DE BOLETIM: Janaina Conceição Paschoal, Celso Eduardo Faria Coracini e Fernanda Velloso Teixeira

DEPARTAMENTO DE CURSOS: Marco Antonio Rodrigues Nahum, Fábio Delmanto, Flávia D'Urso Rocha Soares, Antonio Sergio A. Moraes Pitombo, Ana Lúcia Menezes Vieira, Cecília Souza Santos e Heloisa Estellita Salomão

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Maurício Zanoide de Moraes, Adauro Suannes e Carlos Alberto Pires Mendes

DEPARTAMENTO DE INTERNET: Sergio Rosenthal, Rogério Marcolini e Renato de Mello Jorge Silveira

DEPARTAMENTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Ana Paula Zomer, Ana Lúcia Sabadell e Mariângela Magalhães Gomes

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS: Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Cleunice Valentim Bastos Pitombo e Sylvia Helena de Figueiredo Steiner

NÚCLEO DE PESQUISAS: Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Luci Gati Pietrocolla e Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer

Aborto: Uma Questão de Política Criminal

OLGA ESPINOZA MAVILA e DANIELA RIBEIRO IKAWA

*"O que aconteceria
 se uma mulher despertasse uma
 manhã transformada em homem?
 E se a família não fosse o campo
 de treinamento onde o menino aprende
 a mandar e a menina a obedecer?
 E se houvesse creches?
 E se o marido participasse
 da limpeza e da cozinha?
 E se a inocência se fizesse dignidade?
 E se a razão e a emoção
 andassem de braços dados?
 E se os pregadores e
 os jornais dissessem a verdade?
 E se ninguém fosse
 propriedade de ninguém?"*⁽¹⁾

Eduardo Galeano

No mês de abril foi publicado no **Boletim IBCCRIM** um artigo intitulado *"Da Necessidade de Nomeação de Curador à Lide nos Pedidos de Alvarás Para a Realização de Aborto"*. Esse texto nos motivou a levantar algumas questões controversas que compreendessem uma perspectiva mais abrangente que a exclusivamente processual e que se adequassem melhor a complexa realidade do aborto. Neste artigo discutiremos sobre essa realidade, analisando os direitos à vida, à igualdade e à autonomia sob uma perspectiva político-criminal.

Antes de entrar na discussão sobre esses direitos, contudo, cabe que ressaltamos duas questões preliminares. Primeiro, não trataremos neste artigo de um direito ao aborto, mas sim do direito a livre escolha da mulher para praticar ou não essa conduta.⁽²⁾ Segundo, introduziremos a problemática da contradição entre as normas criminalizadoras do aborto e a realidade. Essas normas, por meio de suas funções manifestas e latentes evidenciam o caráter simbólico do Direito Penal moderno.⁽³⁾ Por função manifesta, entende-se aquela expressamente prevista na norma criminal, como a proteção de certos bens jurídicos e a prevenção de determinadas condutas. Por função latente, entende-se aquela não expressamente prevista, mas almejada pelo legislador,⁽⁴⁾ como a imposição de uma moralidade superior e a outorga de vantagens com base no gênero, na etnia ou no poder econômico.

Pode-se dizer que as funções manifestas das normas que sancionam o aborto não são materializadas. A realidade mostra que essas normas não conduzem à diminuição da prática de condutas consideradas como criminosas,⁽⁵⁾ nem protegem o bem jurídico vida. Ilustrativamen-

te, Juan Terradillos, citando H. Steiner, salienta que na criminalização do aborto evidencia-se o não cumprimento das funções manifestas da norma pois *"todo el mundo [tiene] claro que de este modo, de hecho, no se impide nada, o bien poco de cuanto se ha prohibido, antes bien, con la prohibición se producen efectos secundarios fuertemente negativos"*.⁽⁶⁾ Sobre as funções latentes, trataremos ao abordarmos o direito à igualdade.

Após essa resumida introdução, iniciaremos a discussão sobre os direitos afetados pela criminalização dessa conduta, tratando primeiramente do direito da mulher à vida. Existe uma estreita ligação entre a mortalidade materna e o aborto, na medida em que a criminalização desse último conduz muitas mulheres a optar pela realização de práticas abortivas clandestinas, cujo desenlace final pode ser a morte.⁽⁷⁾ Por se tratar de ato clandestino, é difícil conhecer o volume real de mortes ocasionadas por abortos mal executados. Todavia, é possível obter alguns dados a partir de pesquisas que analisam casos de complicações pós-aborto. De acordo com o Dossiê *"Aborto Inseguro"*, elaborado pela Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos, o aborto representa a primeira causa de mortalidade materna na Argentina, Chile, Guatemala, Panamá, Paraguai e Trinidad e Tobago; esse constitui segunda causa de mortalidade na Colômbia, Costa Rica, Nicarágua, República Dominicana, Uruguai e Venezuela, e representa terceira causa de mortalidade materna no Brasil, Bolívia, El Salvador, Equador, Honduras, México e Peru.⁽⁸⁾

Essa preocupante realidade nos leva a questionar a eficácia das normas penais criminalizadoras na proteção do bem jurídico vida, pois essas normas trazem como consequência justamente a restrição do próprio direito à vida e à integridade pessoal de um considerável número de mulheres.

No que toca ao direito à igualdade, podemos afirmar que as normas que punem o aborto desvelam ademais funções latentes, que dizem respeito à discriminação da mulher por sua condição econômica e racial. Quanto à desigualdade econômica, aquelas normas geram consequências desproporcionalmente mais graves às mulheres de baixa renda do que às mulheres de alta renda. Primeiro, restringem a discussão sobre o aborto, em grande parte, às organizações de mulheres e aos ambientes acadêmicos, impedindo que mulheres alheias a esses círculos tenham acesso a informações técnicas e legais concernentes à prá-

➡ tica. Segundo, essas normas impedem uma apropriada disponibilização de serviços de assistência médica e psicológica pela rede pública,⁽⁹⁾ induzindo mulheres de baixa renda a realizarem o aborto clandestinamente e, conseqüentemente, a se exporem a maiores riscos.

Quanto à desigualdade racial, a criminalização do aborto se apresenta consideravelmente mais onerosa para as mulheres não brancas do que para as mulheres brancas. Segundo o Relatório 102-317, apresentado pelo Comitê do Senado sobre Trabalho e Recursos Humanos ao Congresso Americano, “*restrições financeiras e logísticas ao aborto levam à prática ilegal,⁽¹⁰⁾ pela qual as mulheres não brancas estão muito mais suscetíveis a morrer do que as mulheres brancas*”.⁽¹¹⁾ Confirma essa afirmação o fato de que, entre 1972 e 1974, dois terços das mulheres que faleceram em decorrência de abortos ilegais nos Estados Unidos eram mulheres não brancas.⁽¹²⁾ Mesmo reconhecendo que as realidades americana e brasileira apresentam inúmeras diferenças, a situação da mulher negra no Brasil evidencia algumas desvantagens semelhantes àquelas presentes no caso americano. Ilustrativamente, no Brasil, talvez ainda mais do que nos Estados Unidos, as divisões raciais se sobrepõem às divisões sócio-econômicas, agravando a posição da mulher negra na sociedade.⁽¹³⁾

No que se refere ao direito da mulher à autonomia, esse também se vê restringido pela criminalização do aborto. Compreende-se por autonomia tanto o direito a escolher uma determinada forma de vida quanto o direito de desenvolver a própria personalidade. Será a partir desse direito que discutiremos brevemente sobre os diferentes critérios de descriminalização dessa conduta adotados pela Suprema Corte Americana e pela Corte Constitucional Alemã.

A Suprema Corte Americana colocou, desde sua decisão em *Roe v. Wade* (1973),⁽¹⁴⁾ a necessidade de contrabalançar dois direitos: o direito do nascituro à vida e o direito da mulher à privacidade, estando esse último estreitamente ligado à noção de autonomia. O limite entre o direito à vida e o direito à autonomia foi elaborado segundo o seguinte critério: no primeiro trimestre de gravidez, a decisão sobre o aborto deveria ser totalmente deixada à mulher e sua realização, ao médico dessa; no segundo trimestre de gravidez, o Estado poderia regular a prática do aborto exclusivamente no intuito de proteger a saúde da mulher; no terceiro trimestre de gravidez, quando o feto adquire viabilidade,⁽¹⁵⁾ o Estado poderia regular a prática no intuito de promover seu interesse na potencialidade da vida humana até o ponto de proibir o aborto.⁽¹⁶⁾ Esse teste, exposto em *Roe v. Wade*, foi em parte confirmado em uma decisão posterior, *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey*

(1992),⁽¹⁷⁾ que afastou a divisão em trimestres, mas manteve o marco da viabilidade, conforme compreendido pela Suprema Corte. Antes desse marco, nenhum dos Estados federativos americanos pode impor qualquer obstáculo substancial ao efetivo direito de escolha da mulher. Após a viabilidade, o Estado pode impor as mesmas restrições colocadas para o terceiro trimestre em *Roe*.

Aplicado no Brasil, o critério descrito acima permitiria a livre escolha da mulher quanto à realização ou não do aborto, ao menos até o momento em que o feto tornasse viável. Impediria, portanto, restrições a essa escolha pela eventual exigência de alvará judicial⁽¹⁸⁾ ou, com mais razão, pela criminalização do aborto.

No que tange à Corte Constitucional Alemã, essa pautou sua decisão sobre a constitucionalidade da seção 218a da Lei de Reforma da Legislação sobre o Aborto de 1974 no princípio da razoabilidade.⁽¹⁹⁾ Desse modo, ao balancear o direito à vida do feto, visto como o direito de desenvolver capacidades potenciais, com o direito à auto-determinação da mulher, visto como o direito de desenvolver livremente a sua personalidade, direito que inclui a “liberdade de ação” e, conseqüentemente, a liberdade em decidir acerca da maternidade, a Corte Constitucional Alemã considerou não ser razoável esperar que a mulher prolongasse uma gravidez que a submetesse a encargos extraordinários, como aqueles relativos a considerações eugênicas, éticas e sociais. Em nenhum desses casos, o aborto poderia ser sancionado criminalmente.⁽²⁰⁾

O princípio da razoabilidade, como colocado pela Corte Constitucional Alemã, assemelha-se, no caso do aborto, à causa excludente de culpabilidade concernente à inexigibilidade de conduta diversa, acatada como princípio pelo direito penal brasileiro. Defende **Francisco Assis de Toledo** que a inexigibilidade de outra conduta é a “*mais importante causa de exclusão de culpabilidade*”, que, caso não prevista expressamente,⁽²¹⁾ “*deve ser reputada causa suprallegal*”. A aplicação do princípio de inexigência à questão do aborto no Brasil permitiria, como ocorreu no caso alemão, que se considerasse o perigo à saúde da mulher e mesmo a ocorrência de anomalia fetal e de privação econômica extrema como causas suprallegais excludentes de culpabilidade.⁽²²⁾

Concluindo, resta à sociedade refletir sobre a pertinência de incrementar a atividade repressivo-estatal, na penalização do aborto, para em seguida avaliar os mecanismos para descriminalizar essa conduta. A criminalização do aborto, como está regulada no ordenamento jurídico brasileiro, não é um meio eficaz para a solução das questões aqui levantadas. A necessidade de reconhecimento do direito da mulher à vida, à igualdade e à autonomia evidencia que é preciso encontrar

soluções que não se restrinjam às respostas punitivo-institucionais e que superem as políticas discriminatórias que reforçam a desigualdade pautada em fatores econômicos, raciais e de gênero.

NOTAS

- (1) **GALEANO, Eduardo.** “Mulheres”, Porto Alegre: LP&M, 2000, p. 126.
- (2) O Direito brasileiro restringe excessivamente essa escolha, ao criminalizar o aborto, autorizando apenas duas causas de exclusão de antijuridicidade: o aborto necessário e o aborto sentimental.
- (3) Nesse sentido, pronunciam-se **Juan Terradillos Basoco, Alessandro Baratta, Winfried Hassemer**, entre outros.
- (4) Ver **HASSEMER, Winfried.** “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. Pena y Estado”, nº 1, Barcelona: PPU Promoción y Publicaciones Universitarias SA, 1991, pp. 28-30.
- (5) Segundo **Jorge Villarroel**, são praticados anualmente na América Latina 3,5 milhões de abortos, chegando a atingir em alguns países, como o Peru, a cifra de 550 abortos por dia. “*Embarazo Indeseado y Aborto*”, Colômbia, 1991, citado em **BERMÚDEZ, Violeta.** “Aborto: Estado del Debate y Estrategias en América Latina: El Caso Peruano”, In: “*Vigiladas y Castigadas*”, Lima: Cladem-Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer, 1993, p. 217.
- (6) **TERRADILLOS, Juan.** “Función Simbólica y Objeto de Protección del Derecho Penal”, in *ibid*, p. 21.
- (7) O nível de mortalidade se agrava sobretudo nos casos de mulheres com recursos econômicos restritos, que “*se ven obligadas a sufrir abortos sépticos*”. Ver **BERMÚDEZ, Violeta**, *Op. cit.*, p. 219.
- (8) Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos. Dossiê “*Aborto Inseguro*”. Disponível na Internet: <http://www.redesaude.org.br> [26.05.2001].
- (9) Cabe frisar, contudo, que o art. 224 da Constituição do Estado de São Paulo e o art. 153 da Constituição do Estado de Goiás prevêem o direito à assistência nos órgãos de saúde pública nos casos de abortos autorizados por lei. O art. 291 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro assegura a assistência à mulher em caso de aborto provocado ou não. Ainda, leis orgânicas municipais a partir de 1990, como as de Recife, de São Paulo e do Rio de Janeiro, passaram a abarcar essa possibilidade. **BARSTED, Leila de Andrade L.** “*Balace de 10 Años de Lucha por la Legalización del Aborto en el Brasil*”, In: “*Vigiladas y Castigadas*”, Lima: Cladem, 1993, pp. 253 e 254.
- (10) A prática ilegal do aborto, no caso americano, pode ser entendida como aquela realizada após a viabilidade, fora das condições impostas por leis estaduais.
- (11) **Senate Committee on Labor and Human Resources.** “*The Freedom of Choice*”, Act of 1992, Report 102-3211. 102d Congress, 2d Session, July 15, 1992, 24. **BARTLETT, Katharine T.** e **HARRIS, Angela P.** “*Gender and Law - Theory, Doctrine, Commentary*”, Nova York Aspen Law & Business, 1998, p. 921.
- (12) *Ibid*, p. 921.
- (13) Corroborar a assertiva de que as divisões raciais no Brasil se sobrepõem às divisões econômicas a alta taxa de analfabetismo dentre os afro-descendentes: “*O número de analfabetos afro-descendentes acima de 10 anos hoje soma mais de 10 milhões de pessoas, representando 67% do total de analfabetos de todo o Brasil*”. Ademais, os afro-descendentes têm presença proporcionalmente mais representativa do que os brancos em atividades precárias, sendo a situação ainda mais grave no tocante às mulheres negras. Segundo estudos da FASE, 70% das mulheres negras ocupadas trabalha sem que lhe sejam garantidos direitos sociais, trabalhistas ou previdenciários. Ver FASE, Mapas de Desigualdade. Disponível na Internet: <http://www.fase.org.br> [26.05.2001].
- (14) 410 U.S. 113, citado em **GÜNTHER, Ge-**



IBCCRIM
INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
(IBCCRIM) FUNDADO EM 14-10-92

BOLETIM IBCCRIM

EDITORIA DO BOLETIM: Janaina C. Paschoal

JORNALISTA: Gisele Vieira (MTb. 25.414)

CONSELHO EDITORIAL: Carlos Alberto Pires Mendes, Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes, Celso Eduardo Faria Coracini, Cesar Matta Ide, Daniela Carvalho Almeida Costa, Eder Clai Ghizzi, Fábio Machado de Almeida Delmanto, Fernanda Velloso Teixeira, Helena Regina Lobo da Costa, Humberto Monteiro da Costa, Janaina C. Paschoal, João Florêncio de Salles Gomes Jr., Ludmila Vasconcelos Leite, Luiz Felipe Azevedo Fagundes, Luiz Henrique Pinheiro Bittencourt, Maria Emília Nobre Bretan, Maria Eugênia Ferreira da Silva, Maria Fernanda Baptista Cepellos Daruiz, Mariângela Lopes Neistein, Mariângela Magalhães Gomes, Marina Pinhão Coelho, Paula Kahan Mandel, Renata Horovitz, Renata Strang Ciasca, Renato de Mello Jorge Silveira, Renato Spaggiari, Rogério Marcolini e Vinícius Toledo Piza Peluso.

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas -
Tel. (11) 215-3596 - Fax (11) 591-3999
E-mail: ameruso@uol.com.br

IMPRESSÃO: Marprint

TIRAGEM: 21.000 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)
http://www.ibccrim.com.br
e-mail: ibccrim@ibccrim.com.br

➔ **rald e SULLIVAN, Kathleen M.** "Constitutional Law", New York: The Foundation Press, 1997, pp. 530-546.

(15) Viabilidade é entendida pela Suprema Corte Americana como o momento no qual o feto adquiriria capacidade de uma vida significativa (*meaningful life*) fora do útero materno. **GÜNTHER, Gerald.**, *op. cit.*, p. 534.

(16) São ressalvados da proibição os casos de perigo à vida ou à saúde da mulher.

(17) 505 U.S. 833, citado em **GÜNTHER, Gerald**, *op. cit.*, pp. 557-584.

(18) Segundo **Leila Barsted**, o Código de Ética Médica considera desnecessário o alvará judicial em qualquer dos casos. **BARTED, Leila de Andrade L.**, *op. cit.*, p. 248.

(19) 39 BVerfGEI (1975), citado em **HENKIN, Louis; LEEBRON, David W et al.** "Human Rights". Impresso para o curso de direitos humanos da Columbia University School of Law, 1998, pp. 1260-1268.

(20) Da mesma forma, ao balancear o direito à vida do feto com o direito à vida e à inviolabilidade física da mulher, a Corte Constitucional Alemã considerou não ser razoável esperar que essa mulher

continuasse a gravidez nos casos em que essa a submetesse a grave perigo de saúde (aborto terapêutico).

(21) **TOLEDO, Francisco de Assis.** "Princípios Básicos de Direito Penal", São Paulo: Saraiva, 1991, p. 328.

(22) Já foram apresentados no Congresso projetos para a descriminalização do aborto em casos de perigo à saúde da mulher, de anomalia fetal e/ou motivos econômicos. Ilustrativamente, citam-se os projetos de **João Menezes** de 1975 e de 1980, o projeto de **Cristina Tavares** de 1983, o projeto de **José Genoíno** de 1989, a proposta do Conselho Estatal da Condição Feminina do Estado de São Paulo de 1990 e a proposta do Conselho Federal de Medicina de 1991. **BARSTED, Leila de Andrade L.**, *op. cit.*, pp. 231-256.

As autoras são advogadas, sendo a primeira mestrande em Direito pela USP e a segunda, mestre em Direitos Humanos pela Columbia University School of Law e pós-graduanda em Direito pela USP.

A Luta Contra a Impunidade do Massacre de Carajás

CARLOS GUEDES DO AMARAL JUNIOR

1. O massacre

Aproximadamente às 16h00min do dia 17 de abril de 1996, cento e cinquenta e cinco policiais militares cercaram mil e quinhentos trabalhadores rurais que encontravam-se acampados nas laterais do Km 96 da rodovia estadual PA 150, no Município de Eldorado do Carajás, Estado do Pará.

Estes mil e quinhentos trabalhadores, ligados ao MST, eram parte do acampamento da Fazenda Macacheira e deslocavam-se para Belém para exigir o cumprimento de acordo com o Incra e Governo do Estado, onde estava prevista a desapropriação da Fazenda Macacheira.

Minutos após o cerco, os policiais militares começaram a atirar em direção aos trabalhadores. Uma hora depois, estavam estendidos no local dezenove cadáveres de trabalhadores. Outros sessenta e nove trabalhadores gravemente feridos e dezenas de outros levemente feridos estavam escondidos nos arredores do local, após terem conseguido escapar ao cerco dos policiais.

Durante toda a duração da operação militar de desobstrução da pista da rodovia, foram assassinados seis trabalhadores. Após desobstruída a pista e formalmente encerrada a missão dos policiais, foram executados sumariamente ainda outros treze trabalhadores, que, ou se encontravam feridos e inconscientes na pista ou que, conscientes, não tinham mais condições de se locomoverem, em função de ferimentos.

Este foi o massacre de Eldorado do Carajás.

2. A impunidade

Embora o Estado do Pará seja o campeão nacional de assassinatos no campo, com registro de 714 assassinatos de trabalhadores rurais no período 1970-2000, o massacre de Eldorado do Carajás teve repercussão ímpar, seja em função do número de mortos, das circunstâncias das execuções sumárias, seja em função de o próprio governador do Estado, **Almir Gabriel**, ter determinado a realização da operação policial.

Em virtude disso, a sociedade brasileira exigia punição exemplar para todos os envolvidos no massacre, desde o governador do Estado, seu secretário de Segurança Pública, o comandante geral da Polícia Militar e, obviamente, todos os policiais militares diretamente envolvidos nas execuções e lesões dos trabalhadores.

Neste momento, apenas alguns dias após o massacre, iniciou-se a construção oficial da impunidade. Dois promotores de justiça, que insistiam na tese de que era obrigação do Ministério Público do Estado do Pará investigar a responsabilidade do governador do Estado e do alto escalão no massacre, foram afastados do caso pelo, na época, procurador-geral de Justiça, **Manoel Santino do Nascimento**.

Hoje, **Manoel Santino do Nascimento** é secretário especial do ➔

→ governo no segundo mandato de **Almir Gabriel**.

O encarregado do Inquérito Policial Militar, coronel PM **João Paulo Vieira**, também isentou **Almir Gabriel** e toda a cúpula do governo de qualquer responsabilidade pelo massacre.

Hoje, o coronel **João Paulo Vieira** é chefe da Casa Militar de **Almir Gabriel**, em seu segundo mandato.

O inquérito policial instaurado por determinação do Superior Tribunal de Justiça para apurar a responsabilidade do governador **Almir Gabriel** foi arquivado a pedido da Procuradoria Geral da República, em função de determinação expressa de **Geraldo Brindeiro**, o qual cumpria solicitação do Palácio do Planalto (**Almir Gabriel** é um dos fundadores do PSDB).

Mesmo tendo sido afastadas pessoas com envolvimento importante no massacre, em função da intensa pressão do MST e da sociedade, conseguiu-se que pelos menos os policiais militares diretamente envolvidos com as execuções sumárias e lesões fossem processados judicialmente.

De um ponto de vista formal, no mês de junho de 1996, inicia-se o maior processo em número de réus da história criminal brasileira.

Salvo em casos de alguns julgamentos de crimes militares no século XIX e outros casos de crimes políticos no século XX, o Judiciário brasileiro nunca havia se deparado com situação análoga a do processo de Eldorado do Carajás — 155 réus, todos policiais militares.

Ao longo dos últimos cinco anos, este processo-crime singular ultrapassou o número de dez mil páginas, em trinta volumes.

Nestes cinco anos, foram impetrados pela defesa dos policiais militares quinze *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, cinco *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, seis *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, interpostos três recursos extraordinários no Supremo Tribunal Federal e quatro recursos especiais no Superior Tribunal de Justiça.

Basicamente em todos os recursos e *habeas corpus*, a defesa dos policiais militares tentava o reconhecimento da nulidade do processo, em função das mais diferentes razões.

Todos os *habeas corpus* e recursos foram sistematicamente, ao longo do tempo, negados.

A isto, além da impressionante pressão que o MST e a sociedade brasileira sempre mantiveram em torno do processo, muito contribuiu a atuação dos advogados da Renap (Rede Nacional de Advogados Populares), seja no sul do

Pará, em Belém ou em São Paulo e no Rio de Janeiro. Os advogados, em sua maioria, acompanharam o processo desde seu início e tiveram destacada participação em um número expressivo de oportunidades.

3. A farsa no primeiro julgamento

Contudo, embora se tenha tido um considerável sucesso ao se impedir as tentativas da defesa dos réus de anular o processo nos tribunais superiores, no Estado do Pará as coisas se passaram de modo diferente.

A primeira sessão do Tribunal do Júri para julgamento dos réus foi marcada para o dia 16 de agosto de 1999, a ser realizada em Belém e presidida pelo juiz **Ronaldo Valle**.

Esta sessão encerrou-se com a absolvição dos três oficiais julgados — coronel PM **Mário Colares Pantoja**, major PM **José Maria Pereira de Oliveira** e capitão PM **Raimundo José Almendra Lameira**. Mais chocante que o resultado da sessão foram os meios que o juiz **Ronaldo Valle** utilizou para produzir este resultado.

Durante três dias de sessão, o juiz **Ronaldo Valle** sistematicamente cerceou os poderes da acusação, impedindo a utilização em plenário de documentos juntados no prazo legal, permitindo manifestações públicas de jurados criticando a tese da acusação e defendendo pontos de vista apresentados pela defesa, permitindo a esta críticas grosseiras ao promotor de justiça. Por fim, o juiz **Ronaldo Valle** manipulou o resultado da votação do Conselho de Sentença, obtendo assim a absolvição dos réus pelo placar de quatro votos a três.

Com a pronta reação do MST e dos advogados e promotor, os julgamentos dos demais cento e cinquenta e dois réus foram imediatamente suspensos.

De tal monta foram os meios ilegais utilizados pelo juiz **Ronaldo Valle** para obter a absolvição dos réus que o Tribunal de Justiça do Estado do Pará determinou a anulação do julgamento, em abril de 2000, decisão mantida em um segundo julgamento em outubro de 2000.

Antevendo a anulação do julgamento, o juiz **Ronaldo Valle** solicitou o afastamento do caso.

Após o seu afastamento, algo incrível aconteceu, em abril de 2000. Dos dezoito juízes criminais da Comarca de Belém, dezessete informaram ao presidente do Tribunal de Justiça que não aceitariam presidir o julgamento, informando como razão para tal, na maioria dos casos, simpatia pelos policiais militares e aversão ao MST e aos trabalhadores rurais!!!

Em abril de 2001 foi nomeada uma nova juíza para o caso — **Eva do Ama-**

ral Coelho. Esta juíza se recusou a presidir, em junho de 2000, o julgamento do fazendeiro **Jerônimo Alves de Amorim**, acusado do assassinato de **Expedito Ribeiro de Souza**, presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Rio Maria.

Após sua indicação oficial, esta juíza foi flagrada pela imprensa entre beijos e abraços com o deputado estadual **Ivanildo Alves**, capitão da PM do Pará e um dos financiadores confessos da defesa dos policiais militares réus no processo-crime de Eldorado do Carajás, na fila de autógrafos de livro de autoria do deputado e capitão.

A juíza **Eva do Amaral Coelho** designou o dia 18 de junho de 2001 como data para o novo julgamento dos três oficiais absolvidos em agosto de 1999.

Contudo, alguns dias antes do início da sessão, a juíza **Eva do Amaral Coelho** determinou a retirada, do processo, da principal prova da acusação, um minucioso parecer técnico da Unicamp, subscrito pelo professor **Ricardo Molina** que, em conjunto com um CD-Rom de imagens digitais, comprova claramente que os responsáveis pelos primeiros disparos contra os trabalhadores foram os policiais militares.

Novamente o MST reagiu a esta nova situação farsesca. Os advogados da Renap em Marabá e Belém, São Paulo e Rio de Janeiro conseguiram, em pouco mais de quarenta e oito horas, juntamente com o promotor de Justiça, em uma ação coordenada, obrigar a juíza a rever sua posição.

Em função disso, a juíza **Eva do Amaral Coelho** suspendeu o julgamento marcado para o dia 18 de junho e não apresentou nova data para a retomada do julgamento.

4. A esperança

Apesar dos imensos obstáculos propositalmente plantados no processo para favorecer a impunidade dos réus, a atuação dos advogados de acusação conjuntamente com o Ministério Público, e a mobilização de centenas de entidades e pessoas solidárias do Brasil e de todo mundo, tem sido fundamental para manter a vigilância sobre o Poder Judiciário e seus tentáculos do poder econômico e político do Pará. Oxalá, possamos sonhar com uma justiça, ainda que tardia. Já que a vida dos 19 companheiros não voltará, e mesmo os 64 feridos que ainda padecem de seqüelas dificilmente se recuperarão.

Mas ficará o exemplo, lutar sempre e até o fim, contra todas as injustiças.

O autor é advogado no Pará.

Arma de Brinquedo e o Princípio da Legalidade

LEANDRO GORNICKI NUNES

SEMINÁRIO

Acontecerá entre os dias 16 e 17 de agosto próximo, na OAB subseção Bauru o I Seminário de Ciências Criminais, que contará com a presença dos palestrantes Roberto Podval, Janaína Paschoal, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Damásio de Jesus (a confirmar).
 Informações: (11) 3105-4607
 E-mail: marketing@ibccrim.com.br

I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PENAL E DEMOCRACIA

O evento conta com o apoio do IBCCRIM e é promovido pela comissão de formatura dos alunos, juntamente com os professores e funcionários da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), em homenagem aos 110 anos da faculdade.

Os associados do IBCCRIM terão 10% desconto nas inscrições

Data: 28 a 30 de agosto de 2001

Informações e Inscrições:

Tel.: (71) 335-135

Site:

www.penaledemocracia.com.br

E-mail:

congressopenal@aol.com

FALECIMENTO

O IBCCRIM expressa seus sentimentos pelo falecimento de seu sócio-fundador dr. Marcos Roberto Alexander, ocorrido no final de maio passado. Dr. Marcos foi tesoureiro na gestão do dr. Alberto Zacharias Toron (1995/1996).

Interpretar a lei significa compreendê-la. Posto que a vigência real de toda lei depende de sua compreensão, já que só depois os destinatários estarão em situação de acatá-la e aplicá-la, a teoria da interpretação da lei excede em muito o campo do Direito Penal. Porém, como a interpretação da lei penal se rege fundamentalmente pelos mesmos princípios da lei em geral, resulta indispensável fazermos algumas considerações que permitam entender melhor várias das peculiaridades referentes a compreensão das disposições penais, em particular.

A doutrina italiana sustenta que "interpretar, em sentido estrito, significa compreender, isto é, um processo espiritual [...] mediante o qual um espírito responde a mensagem de outro espírito que lhe fala através de formas representativas".⁽¹⁾

No entanto, diante da gravidade que circunda a sanção penal, a interpretação das normas penais não pode ser realizada de forma subjetiva (extensiva), devendo limitar-se ao seu conteúdo expresso (taxativa), salvo para beneficiar o acusado, sob pena de violação do inarredável princípio da "legalidade" ou "reserva legal", previsto na Constituição da República (art. 5º, XXXIX) e no Código Penal brasileiro (art. 1º).

Neste particular, tendo o legislador pátrio determinado que o crime de roubo (CP, art. 157) se torna qualificado com o emprego de arma (§ 2º, inc. I), com o devido respeito que se deve às opiniões contrárias, não pode o aplicador da lei estender tal qualificadora quando o agente delituoso se utiliza de uma "arma de brinquedo".

"No crime de roubo, a qualificadora do emprego de arma não pode ser reconhecida quando se trata de revólver de brinquedo, pois brinquedo não pode ser considerado arma, uma vez que não possui potencial ofensivo, sendo certo que sua utilização se presta, tão-somente a caracterizar o delito simples, pela ameaça que a vítima sofre e que impede sua reação."⁽²⁾ Se as palavras da lei penal devem ser interpretadas estritamente, como considerar-se arma aquilo que se afirma ser de brinquedo?"⁽³⁾

O princípio da reserva legal (*nullum crimen, nula poena, sine lege*), indubitavelmente, é o mais importante dos princípios orientadores da interpretação das leis penais, sendo que somente a lei, elaborada na forma que a Constituição permite, pode determinar o que é crime e indicar a pena cabível.⁽⁴⁾

Em nosso ordenamento jurídico, cuja

genetrix das bases gerais está no Direito romano, não se permite a ocorrência da *common law*, ao contrário dos princípios orientadores do Direito anglo-americano.

De acordo com o *common law*, pode-se incriminar alguém, através da analogia, sem que isto represente violação de garantia, proporcionando, assim, a codificação da lei penal. No entanto, tal posição é temerária, sendo combatida pela doutrina, que a qualifica como responsável pela ocorrência de uma situação de insegurança jurídica.

"Sob esse aspecto pode dizer-se que o princípio da legalidade é essencial à estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de Direito. Não se pode obedecer ou violar senão ao que é previamente imposto. Como ensina Soler, esse princípio entendido em sua forma abstrata, ou seja, dando-se à palavra lei o sentido de norma preestabelecida à ação que se julga delituosa, é algo mais que mero acidente histórico ou garantia que hoje possa outorgar-se, ou não. Assim o caráter de verdadeiro princípio necessário para a construção de toda atividade punitiva, que hoje possa ser qualificada como jurídica e não como puro regime de força".⁽⁵⁾

Na atualidade, é inconcebível o direito de punir como absoluto do Estado sobre a pessoa do cidadão. No Estado moderno, o exercício da soberania está condicionado à fiel e efetiva aplicação do Direito, não podendo ser extrapolado os limites do direito de punir, previamente estabelecido nas leis. "Não se admite, em consequência, num sistema de Direito, que o Estado imponha pena a ação que não tenha sido previamente incriminada".⁽⁶⁾

O trabalho interpretativo em relação ao Direito Penal é especialmente importante, devido ao rigor com que o princípio da reserva legal opera nesta matéria. A gravidade das consequências da pena determinam que as exigências do princípio da legalidade sejam especialmente estritas para o legislador, que deve respeitar o princípio da taxatividade e evitar os conceitos vagos, abertos e excessivamente indeterminados. Do mesmo modo, o intérprete da lei penal se encontra submetido às especiais exigências derivadas do princípio da legalidade.

Ordinariamente, é sustentado pela doutrina que a interpretação desfavorável das normas penais deve ser afastada quando há defeito de técnica legislativa capaz de gerar dúvida, permitindo-se a interpretação extensiva somente quando

➡ for possível favorecer o réu. É preciso atentar-se para o que a própria lei dispõe, seja favorável ou odioso. Sem embargo, quando a norma, por defeito de técnica legislativa, é confusa e indeterminada, de tal maneira que não há outra possibilidade de se chegar a uma decisão a respeito do seu conteúdo, a regra que deve prevalecer é a restrição da interpretação menos favorável.

Este é o ponto verticilar da controvérsia existente na jurisprudência pátria, pois o art. 157, § 2º, inc. I do Código Penal brasileiro, não expressou que o uso da arma de brinquedo torna o delito qualificado, devendo prevalecer a regra da restrição da interpretação "odiosa", assim classificada pela doutrina espanhola.⁽⁷⁾

Por outro vértice, não havendo certeza sobre o real sentido da expressão "arma", inserida no dispositivo legal *sub examine*, a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, a fim de que não haja uma ruptura na higidez mental do exegeta, o melhor caminho a ser trilhado é o da desqualificação do crime, restringindo a aplicação da lei penal à figura simples.

O princípio *in dubio pro reo* — na dúvida a favor do réu — é em sua origem e em sentido estrito um princípio de direito Processual Penal relativo à prova de questões fáticas e não um princípio de interpretação das normas penais substantivas. Tal princípio está estreitamente relacionado com o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), para favorecer o âmbito de liberdades dos acusados que podem, em algum momento, ser objeto de uma acusação penal, ainda que hajam suspeitas, ante uma dúvida razoável e persistente, sendo preferível declarar não provado um delito cometido e inocente o seu autor a poder declarar culpado um inocente sem estar provado

que um delito realmente foi cometido, mas sua incidência no âmbito substancial da norma penal a ser aplicada não está descartada.

Nesta senda, tem-se um importante subsídio doutrinário advindo da Alemanha, assim expressado: "*O princípio in dubio pro reo e a determinação alternativa servem para resolver as dúvidas a respeito da aplicação do Direito que se plantam por uma situação probatória incerta. Toda condenação a uma pena requer que haja certeza sobre a ocorrência de todos os pressupostos materiais (tanto positivos como negativos) do pronunciamento da culpabilidade e penalidade, pois a lei exige a constatação de uma ação determinada que contenha os elementos de um determinado preceito penal*".⁽⁸⁾

Em contrapartida, há quem sustente que devemos dar incentivos ao "juiz criador", a fim de que o Direito não seja vítima de uma estagnação, prejudicial ao desenvolvimento da aplicação das leis. Os que defendem a interpretação menos rígida, sustentam que "*com respeito ao método, é considerada formalista, por exemplo, a preferência dada a interpretação lógica e sistemática frente a histórica e teleológica; (...). Não é necessário sublinhar o parentesco entre as polêmicas acerca do método e aquelas acerca da função; quem valoriza as argumentações de caráter lógico sistemático mostra, com isto, que prefere um juiz que se limite a declarar o direito existente; quem dá preferência a investigação dos fins sociais e os interesses, prefere um juiz criador*".⁽⁹⁾

Mas, ainda assim defendemos que tal orientação — principalmente no âmbito da legislação penal — é temerária e capaz de alargar os precisos caminhos que norteiam as regras de interpretação na

espécie, as quais, conforme já exaustivamente discorrido, não permitem quaisquer desvirtuamentos, sob pena de haver inconstitucionalidades, altamente prejudiciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, gerando insegurança e pânico na população, em face da falta de observação das cláusulas pétreas do texto constitucional.

Apesar da matéria ter sido objeto da Súmula nº 174, do Superior Tribunal de Justiça, a qual ressaltamos que não é obrigatória a sua aplicação, sob o argumento de que a arma de brinquedo autoriza o aumento da pena, porquanto tal preceito não tem força de lei e, ao que consta, ainda não restou aprovada, pelo Poder Legislativo, a "súmula vinculante".

NOTAS

- (1) BETTI, Emílio. "*Teoría Generale Della Interpretazione*", I, Milano: 1955, p. 95.
- (2) RJDTACRIM 31/290.
- (3) JUTACRIM 81/542.
- (4) DELMANTO, Celso. "*Código Penal Comentado*", 3ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1991, p. 4.
- (5) FRAGOSO, Cláudio Heleno. "*Lições de Direito Penal*", 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, pp. 93-94.
- (6) Op. cit., p. 94.
- (7) DEVESA, José Maria Rodrigues e GOMEZ, Alfonso Serrano. "*Derecho Penal Español*", Parte General, 16ª ed., Madrid: Ed. Dykinson, 1993, p. 193.
- (8) JESCHECK, Hans-Heinrich. "*Tratado de Derecho Penal*", Parte General, tradução para o espanhol de José Manzanares Samaniego, Granada: Editorial Comares, p. 127.
- (9) BOBBIO, Norberto. "*El Problema del Positivismo Jurídico*", tradução para o espanhol de Ernesto Grazone Valés, Colección Ensayos, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, pp. 27-28.

O autor é advogado em Joinville (SC).

Servir Bebida Alcoólica a Menor de 18 Anos: Crime ou Contravenção?

EDISON MIGUEL DA SILVA JR.

A Organização Mundial de Saúde considera o vício das drogas (lícitas ou ilícitas) uma doença. A dependência faz parte do capítulo de transtornos mentais e comportamentais na classificação de doenças. Assim: "*A OMS classifica o abuso de drogas como uma questão de saúde, e não de polícia*" (cf.: SCHEINBERG, Gabriela. Para a ONU, vício é questão de saúde, não de polícia in www.estado.com.br, acessado em 21.06.00).

Dessa forma, buscar o controle do uso de drogas pelo sistema penal é ineficaz, da

mesma forma que seria ineficaz a incriminação de consumo de carne gordurosa para controlar cardiopatias.

Não obstante, essa constatação médica não é conhecida no mundo jurídico. Existe no nosso ordenamento vários tipos penais que procuram tratar dessa doença com ameaça de cadeia. Entre elas, esse trabalho analisa o art. 243, da Lei nº 8.069/90, em relação ao art. 63, inc. I, do DL nº 3.688/41 (servir bebida alcoólica a menor de dezoito anos), concluindo pela revogação dessa contravenção pelo tipo do ECA, por não ser

norma penal em branco, embora seja um tipo aberto.

O mencionado art. 243, do Estatuto da Criança e Adolescente, tem a seguinte redação: "*Vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave*" (sem grifo).

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU

O Curso acontecerá entre os dias 9 de agosto a 29 de setembro, com aulas sempre às quintas e sextas-feiras (das 18h30 às 22h30) e sábados (das 09h00 às 13h00).

Esse curso é direcionado a graduados em direito ou afins, que pretendam se especializar em Direito Penal Econômico. Esta especialização é uma parceria do IBCCRIM com a Universidade de Coimbra através do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu dessa universidade.

As inscrições já estão abertas e podem ser feitas diretamente no Depto. de Comunicação e Marketing do IBCCRIM. O curso é exclusivamente para associados do IBCCRIM e o investimento é de R\$ 1.500,00 podendo ser parcelado em até três vezes, mediante cheque pré-datado.

Mais informações: marketing@ibccrim.com.br ou tel. (11) 3105-4607 - fax (11) 3105-0109.

SEMINÁRIOS REGIONAIS

- O II Seminário de Direito Penal e Processo Penal de Passos será realizado entre os dias 23 e 25 de agosto.

Estão confirmadas as presenças de: Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Jr., Flávia Piovesan, Heloisa Estellita Salomão e Alberto Zacharias Toron. Informações: Tel.: (35) 3529-8077 www.passosuemg.br/eventos.html

- O I Seminário do IBCCRIM em Araraquara realizar-se-á nos dias 20 e 21 de agosto. Este evento é uma parceria do IBCCRIM com a UNIARA e a OAB Subseção Araraquara. Serão palestrantes:

- Roberto Podval (*Lavagem de Dinheiro*);
- Cláudia Santos, professora da Universidade de Coimbra (*Criminologia*);
- Alice Bianchini (*Crimes de Responsabilidade Fiscal*); e
- Luiz Fernando C. Faggione (*Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais*).

Informações: (16) 222-0499

➡ Também o art. 12, da Lei nº 6.368/76, incrimina condutas relacionadas a produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica: “Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo **substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de três a quinze anos, e multa” (sem grifo).

Antes ainda da Lei nº 6.368/76, o art. 281, do Código Penal (DL nº 2.848/40), originariamente, tinha a seguinte redação: “Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo **substância entorpecente**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de dois a dez contos de réis” (sem grifo).

Pois bem, em decorrência da ambigüidade do elemento normativo “substância entorpecente”, já na vigência do texto original do art. 281, do Código Penal, havia divergência sobre o conteúdo desse tipo penal. A doutrina restringia sua abrangência à lista de entorpecentes do DL nº 861, considerada taxativa. A jurisprudência, porém, não excluía a possibilidade de outras substâncias caracterizarem o crime, desde que tivessem os mesmos efeitos.

O DL nº 159/67, dirimindo a divergência, equiparou aos entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, preceituando que: “As substâncias de que trata este artigo serão relacionadas em Portaria do Diretor do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Departamento Nacional de Saúde, publicada no Diário Oficial”.

Assim, pelo DL nº 159/67, taxativamente, o art. 281, do Código Penal, passou a ser uma norma penal em branco, isto é, dependente de integração do preceito administrativo: para os efeitos penais, somente os produtos relacionados na portaria do SNFMF seriam capazes de determinar dependência física ou psíquica.

Essa situação jurídica, contudo, foi modificada pelo DL nº 385/68 ao dar nova redação ao art. 281, do Código Penal, incorporando ao texto original a expressão: “ou que determine dependência física ou psíquica”, sem mencionar a necessidade de portaria do SNFMF. Igualmente,

a Lei nº 5.726/71, que novamente modificou o art. 281, não fez referência à necessidade de integração administrativa do tipo, predominando, por isso, interpretação de que não se tratava de norma penal em branco (Cf.: **GRECO FILHO, Vicente**. “Tóxicos”, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 93).

Com a Lei nº 6.368/76, a situação jurídica mais uma vez é modificada. Ao retirar do Código Penal os tipos relacionados com substância entorpecente, a mencionada lei, no seu art. 36, definiu que: “Para os fins desta lei serão consideradas substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde”.

Em resumo e sem embargo das consistentes críticas doutrinárias, fundamentadas no princípio da taxatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), decorrente do desenvolvimento contemporâneo do princípio da legalidade (Cf.: **LOPES, Maurício Antonio Ribeiro**. “Princípio da Legalidade Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, pp. 128-130), sobre a natureza das normas que incriminaram condutas relacionadas com substância entorpecente, pelo relato histórico, desde o Código Penal de 1940 até a Lei nº 6.368/76, considerou-se norma penal em branco somente aquelas que expressamente consignavam a necessidade de integração do tipo penal por lista de entorpecentes elaborada pelo Ministério da Saúde.

Portanto, o art. 12, da Lei nº 6.368/76, é norma penal em branco porque o seu art. 36, expressamente, consignava a necessidade de integração do preceito administrativo. Pela mesma razão, o art. 243, da Lei nº 8.069/90, não é norma penal em branco, pois nenhum dispositivo do ECA exige essa integração.

Logo, a contravenção prevista no inc. I, art. 63, foi tacitamente revogada pelo art. 243, do ECA, uma vez que o novo texto, embora de forma não expressa, regulou inteiramente a matéria precedente, englobando na sua figura típica a conduta de servir bebida alcoólica a menor de 18 anos, por tratar-se de produto cujo componente pode causar dependência física ou psíquica.

Assim, como antes, o Estado continua respondendo a demanda por maior proteção da saúde pública com atividade, considerada pela Medicina, como ineficaz, pois não se previne doença com cadeia.

O autor é procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Goiás e professor de Direito Penal na UNIP/Goiânia.

Delinquência Juvenil se Resolve Aumentando Oportunidades e Não Reduzindo Idade Penal

TULIOKAHN

Com a justificativa de que “a medida já é adotada no mundo inteiro” e de que os menores “são utilizados pelo crime organizado para acobertar as suas ações”, o Congresso Nacional discute no momento a alteração da menoridade penal, retirando a previsão de inimputabilidade para menores de 18 anos e delegando a questão à lei específica que estabeleça um novo limite etário, que leve em conta “os aspectos psicossociais do agente”. O deputado e ex-coronel **Alberto Fraga** vai ainda mais longe e sugere que a idade limite deva ser fixada aos 11 anos de idade. Não está longe o dia em que algum parlamentar, preocupado com a delinquência juvenil, proporá emenda sugerindo a internação imediata de todos os recém nascidos de famílias pobres, cuja soltura eventual ficará condicionada ao exame de suas características psicossociais.

O argumento da universalidade da punição legal aos menores de 18 anos, além de precário como justificativa, é empiricamente falso. Dados da ONU, que realiza a cada quatro anos a pesquisa *Crime Trends* (Tendências do Crime), revelam que são minoria os países que definem o adulto como pessoa menor de 18 anos e que a maior parte destes é composta por países que não asseguram os direitos básicos da cidadania aos seus jovens.

Das 57 legislações analisadas, apenas 17% adotam idade menor do que 18 anos como critério para a definição legal de adulto: Bermudas, Chipre, Estados Unidos, Grécia, Haiti, Índia, Inglaterra, Marrocos, Nicarágua, São Vicente e Granadas. Alemanha e Espanha elevaram recentemente para 18 a idade penal e a primeira criou ainda um sistema especial para julgar os jovens na faixa de 18 a 21 anos.

Com exceção de Estados Unidos e Inglaterra, todos os demais são considerados pela ONU como países de médio ou baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), o que torna a punição de jovens infratores ainda mais problemática. Enquanto nos EUA e Inglaterra a juventude tem asseguradas condições mínimas de saúde, alimentação e educação, nos demais países — como o Brasil — isto está longe de acontecer. Nos países desenvolvidos pode fazer algum sentido argumentar que a sociedade deu aos jovens o mínimo necessário e, com base nesse

pressuposto, responsabilizar individualmente os que transgridem a lei. Por outro lado, na Nicarágua, Índia ou no Brasil, este pressuposto é totalmente falso: em todo o país, apenas 3,96% dos adolescentes que cumprem medida sócio-educativa concluíram o ensino fundamental. É imoral querer equiparar a legislação penal juvenil brasileira à inglesa ou norte-americana — esquecendo-se da qualidade de vida que os jovens desfrutam naqueles países. Que o Estado assegure primeiro as mesmas condições e depois, quiçá, terá alguma moral para falar em responsabilidade individual e alterar a lei.

Não se argumente que o problema da delinquência juvenil aqui é mais grave que alhures e que por isso a punição deva ser mais rigorosa: tomando 55 países da pesquisa da ONU como base, na média os jovens representam 11,6% do total de infratores, enquanto no Brasil a participação dos jovens na criminalidade está em torno de 10%. Portanto, dentro dos padrões internacionais e abaixo mesmo do que se deveria esperar, em virtude das carências generalizadas dos jovens brasileiros. No Japão, onde tem tudo, os jovens representam 42,6% dos infratores e ainda assim a idade penal é de 20 anos. Se o Brasil chama a atenção por algum motivo é pela enorme proporção de jovens vítimas de crimes e não pela de infratores.

É típico da estrutura do pensamento conservador argumentar em abstrato e

jogar a discussão para o plano da responsabilidade individual, como se as pessoas e suas “características psicossociais” pairassem no vácuo. Uma análise superficial da origem dos infratores é suficiente para mostrar como “responsabilidade” e “moralidade” estão longe de serem atributos distribuídos aleatoriamente pela sociedade.

A Secretaria de Desenvolvimento e Bem-Estar Social, que administra a Febem, divulgou recentemente um estudo sobre os bairros de origem dos internos da instituição. Não por acaso, existe uma elevada correlação com os bairros mais violentos de São Paulo: Sapopemba, Capão Redondo, Jardim São Luis, Grajaú, Cidade Ademar, Brasilândia e Jardim Ângela foram os bairros com maior número absoluto de homicídios entre 1996 e 1999. Cerca de ¼ dos internos da Febem paulista residiam precisamente nestes locais. O gráfico abaixo mostra a estreita correspondência entre o número de homicídios nos 96 bairros da Capital e o número de internos na Febem, por bairro.

Isto significa que estes jovens cresceram em contextos extremamente violentos, criados na periferia de uma das cidades mais violentas do planeta. Diante desta forte associação entre delinquência e contexto de socialização, como argumentar que se tratou de uma “opção” pela marginalidade e querer responsabilizar individualmente o adolescente por “decidir” delinquir?

Rebaixar a idade penal para que os indivíduos com menos de 18 anos não sejam utilizados pelo crime organizado equivale a jogar no mundo do crime jovens cada vez menores: adote-se o critério de 16 e os traficantes recrutaram os de 15, reduza-se para 11 e na manhã seguinte os de 10 serão aliciados como soldados do tráfico.

A idéia de que a medida tem um impacto intimidatório e que contribuiria para diminuir a criminalidade não se sustenta, pois a cadeia já se demonstrou punição insuficiente para refrear aos adultos. Ao contrário, a experiência precoce na cadeia contribuirá para aumentar ainda mais a criminalidade uma vez que a taxa de reincidência no sistema carcerário é superior à taxa nas instituições juvenis.

Em resumo, além de imorais numa sociedade excludente como a brasileira, os argumentos da universalidade do rebaixamento e de que a

Definição de Adulto	Frequência	Porcentagem
Homem idade 16 ou acima, mulher idade 18 ou acima	1	1,7
Pessoa idade 15 ou acima	3	5,2
Pessoa idade 16 ou acima	4	7,0
Pessoa idade 17 ou acima	2	3,5
Pessoa idade 18 ou acima	35	61,4
Pessoa idade 19 ou acima	3	5,2
Pessoa idade 20 ou acima	3	5,2
Pessoa idade 21 ou acima	4	7,0
Pessoa idade 21 ou acima, ou pessoa casada	1	1,7
Pessoa responsável idade 18 ou acima	1	1,7
Total	57	100,0

Fonte: Crime Trends/ONU

QUESTÕES PENAIIS E PROCESSUAIS PENAIIS

Universidade São Judas
Centro Acadêmico de Direito
"José Frederico Marques"
09 a 13 de julho de 2001 - 19:00

09/07 - "Aspectos Penais e
Processuais da Lei
nº 6.368/76"
Dr. Alberto Zacarias Toron
- "Questões Controvertidas
sobre a Lei nº 6.386/76"
Dr. Marcos Alexandre
Coelho Zilli

10/07 - "Tribunal do Júri"
Dr. Waldir Troncoso Peres
a confirmar

11/07 - "Crimes Ambientais"
Palestrante: Des. Gilberto Passos
de Freitas

Debatedor: Dr. Eduardo Reale Ferrari

12/07 - "Aspectos Processuais da Lei dos
Juizados Especiais Criminais"
Dr. José Renato Nalini
- "Aspectos Materiais da Lei dos
Juizados Especiais Criminais"
Dr. Ivan Motta

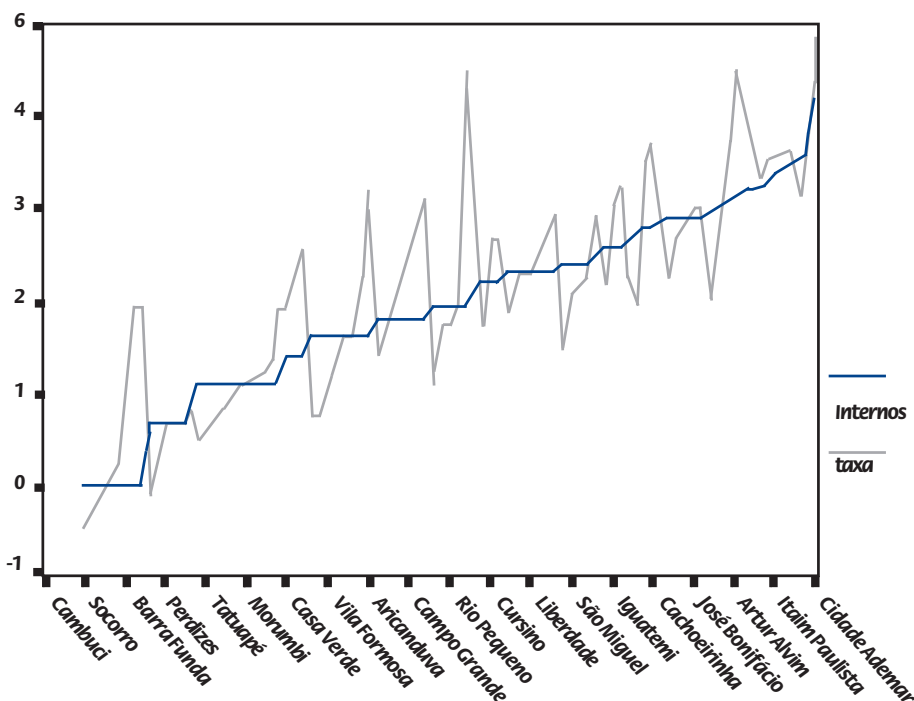
13/07 - "Processo Penal, Prisão
e Liberdade"
Dr. Roberto Delmanto Júnior
- "A Realidade Carcerária
Brasileira"
Dra. Alessandra Teixeira

ARTIGOS

Todos os artigos enviados ao
IBCCRIM, a partir de agora,
poderão ser incluídos tanto
em nosso site, quanto
publicados no *Boletim*.
Em caso de restrição à
inclusão no site, favor
informar ao enviar o
artigo. Solicitamos que
seja enviado um
disquete com o texto.

BIBLIOTECA

O IBCCRIM agradece a
todos que doaram obras
a sua Biblioteca.
A partir deste mês, os
nomes dos doadores
serão indicados
em nosso site.



➡ medida contribuiria para reduzir a criminalidade ou o crime organizado são equivocados. Responsabilizar diferentemente um jovem de 17 e outro de 18 anos por atos idênticos é uma opção de política criminal adotada na maioria dos países desenvolvidos, que procuram oferecer oportunidades diferenciadas para que o jovem supere o envolvimento com o crime. Não se trata de sua capacidade de entendimento e sim da inconveniência de submetê-los ao mesmo sistema reservado

aos adultos, comprovadamente falido. Baixar a idade penal é baixar um degrau no processo civilizatório. Ao invés disso, propomos aumentar as oportunidades que a sociedade brasileira raramente concede aos seus jovens.

O autor é doutor em Ciência Política pela USP e coordenador de pesquisa do Ilanud - Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinqüente.

A Nova Denúnciação Caluniosa?

JULIANA FERREIRA ROSSI

A denúncia caluniosa já era delito conhecido do Direito Romano sob a denominação de *calumnia*. Durante a *Republica*, as sanções previstas pela *Lex Remmia* (90 a.C.) eram a infâmia e a aposição, com ferro em brasa, da letra K na fronte do condenado. A partir de **Constantino** (319 d.C.), passou-se a aplicar o princípio de **Talião**, e ao agente era imposta a mesma pena do crime falsamente imputado. Durante a Idade Média foi esta também a forma de punição do delito.

No Direito moderno, o *nomem juris* "denúnciação caluniosa" surgiu no Direito francês (*dénonciation calomnieuse*) e o crime figura, com disposições semelhantes, nos Códigos Penais de vários países de tradição romano-germânica.

No Brasil, o Código do Império a capitulava dentre os delitos contra a honra, e seguindo a regra do Talião, preceituava ao falso acusador a pena do delito irrogado.

O Código republicano de 1890 seguia o mesmo sistema, embora a definisse como crime contra a fé-pública.

O Código Penal de 1940 a prevê no rol dos Crimes Contra a Administração da Justiça (Capítulo III), e na redação original do art. 339 o crime consistia em "*dar causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente*". O bem jurídico tutelado passou a ser a administração da Justiça, a sua atuação regular e normal, com o fim de evitar o seu acionamento em razão de uma falsa prática de crime.

A Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, alterou a redação original do dispositivo, que passou a ser:

"Art. 339. *Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou* ➡

➡ **ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.**

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa" (destaques nossos).

A materialidade do fato, atualmente, consiste não só em dar causa à instauração de investigação policial e a processo judicial, mas também em dar causa à **investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa.**

Coincidência ou não, estas são condutas relacionadas a uma atuação do Ministério Público hoje em grande destaque.

Embora a função primeira do Ministério Público esteja afeita à persecução penal, pois é o titular exclusivo da ação penal pública (art. 129, inc., I, da CF), a ela não se restringe. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o seu âmbito de atuação foi ampliado, de modo a atender outros interesses de alta relevância social.

Nos termos do art. 127 da Carta Maior, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Neste mister, prevê a Constituição, em seu art. 129, inc. III, ser função institucional do *Parquet*: "*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*".

Esta previsão constitucional coaduna-se com a tendência mundial de colocar sob a tutela do Direito os chamados direitos fundamentais de terceira geração. Estes são os chamados direitos transindividuais, de titularidade espalhada, e que se caracterizam, principalmente, pela indisponibilidade de seu objeto.

Além disso, trata-se de dispositivo em total sintonia com a moderna doutrina processual. **Cândido Rangel Dinamarco** nos traz a noção de "*jurisdição constitucional*" e ensina que "*no âmbito dela (que também leva o nome da justiça constitucional), além dos mecanismos destinados à verificação da constitucionalidade das leis alguns países adotaram também um arsenal de processos especiais destinados a assegurar a certos direitos fundamentais do homem uma tutela jurisdicional particularmente forte e diferenciada*".

Podemos afirmar que o inquérito civil e a ação civil pública são alguns instrumentos deste "arsenal", previsto constitucionalmente, para a proteção de direitos fundamentais.

O inquérito civil é um procedimento investigatório, de natureza inquisitorial destinado a apurar fato que, em tese, autoriza a propositura da ação civil pública. Trata-se de instrumento exclusivo do Ministério Público, e uma das mais importan-

tes inovações trazidas pela Lei nº 7.347/85.

Já a ação de improbidade administrativa, prevista na Lei nº 8.429/92, é a ação civil pública proposta pelo Ministério Público, ou pela pessoa política interessada, que visa à proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa. Cuida-se de importante instrumento processual, e dos mais eficazes, para proteção do erário público.

A despeito da nova redação do art. 339 do Código Penal, isto em nada interfere na atuação do órgão do Ministério Público.

"Se a intenção do legislador, ao alterar a redação do art. 339 do Código Penal, foi intimidar a atuação ministerial, agiu mal e ineficazmente. Não se pode partir da patologia, e presumir que todo órgão do Ministério Público, no exercício de funções constitucionais e garantidoras de direitos fundamentais, estará agindo *mala fide*."

Antes de tudo é preciso salientar que o promotor de justiça nunca esteve imune ao art. 339 do Código Penal. Pelo contrário, a doutrina é unânime em afirmar que o delegado de polícia e o promotor podem ser sujeitos ativos do delito. **Nelson Hungria**, em sua magistral obra, afirma que "*O próprio representante do Ministério Público pode ser convencido do crime de denúncia caluniosa, desde que seja iniludivelmente comprovada a sua má-fé. A presunção, que o cobre, de servir à justiça pública, terá de ceder ante a prova inconcussa de que agiu apenas vexationis causa*".

Ademais, é preciso ter sempre em mente que o delito de denúncia caluniosa exige **dolo direto**, conforme se depreende da expressão contida no tipo "*...crime de que o sabe inocente*". O tipo exige que o agente saiba, sem qualquer dúvida, que a acusação é falsa, agindo, assim, de má-fé. **Hungria** afirma que a denúncia deve ser objetiva e subjetivamente falsa, isto é, deve estar em contradição com a verdade dos fatos e o denunciante deve estar plenamente ciente de tal contradição. Via de regra, o promotor, no exercício de suas atribuições, assim não procederá.

Não é suficiente aqui o dolo eventual, isto é, não basta que o agente proceda na

dúvida de ser, ou não, verdadeira a acusação: é necessária a certeza da inocência do acusado. Nem basta o dolo superveniente. Do contrário, estar-se-ia a reproduzir uma persecução penal nos exatos moldes kafkianos do *Processo*.

Kazuo Watanabe ressalta que o Ministério Público tem papel saliente na esfera da defesa dos direitos meta-individuais, tanto em razão de sua função institucional (art. 129, III da Constituição Federal), o que faz supor melhor preparo de seus membros, como também em virtude da efetiva liderança que vem assumindo na prática no ajuizamento de ações coletivas. No entanto, oportunamente lembra o autor que: "*É preciso evitar que o Parquet perca a importância de sua função institucional por eventual vedetismo de qualquer de seus membros, que faça do inquérito civil ou das ações coletivas instrumentos de sua projeção pessoal (...)*".

É claro que o "vedetismo", a que se refere **Kazuo Watanabe**, deve ser coibido. No entanto existem meios adequados, mormente na esfera administrativa, para tanto.

Outra crítica que deve vir à lume diz com a falta de acuidade legislativa no tocante ao bem jurídico. A incriminação sob lentes encontra-se no capítulo dos crimes contra a Administração da Justiça, e na redação anterior restringia-se ao dar, indevidamente, causa à persecução penal, quer policial, quer judicialmente. Como o próprio *nomen juris* sinaliza, não é qualquer denúncia, mas sim a **caluniosa**. E a calúnia, evidentemente, vincula-se a imputação inverídica de fato definido como crime, e, não como fato definido como infração ambiental, consumerista, ou de improbidade administrativa a ser apurada em inquérito civil público. Deste mecanismo, o Ministério Público apenas poderá valer-se para promover um processo cível, não necessariamente vinculado a imputação criminosa. Se for o caso de imputar alguma conduta criminosa, à luz do Princípio da Obrigatoriedade, deverá o membro do Ministério Público, requisitar instauração de inquérito policial ou procedimento investigatório, sob pena de assim não agindo, incorrer nas penas do crime de prevaricação. Tumultuam-se os tipos.

Se a intenção do legislador, ao alterar a redação do art. 339 do Código Penal, foi intimidar a atuação ministerial, agiu mal e ineficazmente. Não se pode partir da patologia, e presumir que todo órgão do Ministério Público, no exercício de funções constitucionais e garantidoras de direitos fundamentais, estará agindo *mala fide*. O Direito Penal, como recurso de *ultima ratio* que é, não pode se prestar a este instrumentalesco papel.

A autora é advogada em São Paulo.

Entidades associadas com o IBCCRIM que recebem mensalmente o Boletim:

• Associação dos Juizes Federais do Brasil - **AJUFE**

— AMAZONAS

• Associação dos Magistrados do Amazonas
• Ministério Público do Amazonas

— CEARÁ

• Associação Cearense de Magistrados
• Associação Cearense do Ministério Público

— DISTRITO FEDERAL

• Associação dos Magistrados do Distrito Federal
• Associação do Ministério Público do Distrito Federal

— GOIÁS

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

— MATO GROSSO

• Associação Matogrossense do Ministério Público

— 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
• Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais-ITEC

— SANTA CATARINA

• Associação Catarinense do Ministério Público
• Associação dos Magistrados Catarinenses

— SÃO PAULO

• Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
• Associação Paulista do Ministério Público
• Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo
• Centro de Estudos Jurídicos Aguiar de Lara Cordeiro - Ourinhos
• Complexo Jurídico Damásio de Jesus
• Curso C.P.C.
• Curso Forense - Ribeirão Preto
• Educacional Cidade São Paulo S/C Ltda. - CSECID
• Secretaria de Estado da Administração Penitenciária
• Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - SINDPESP
• Triumphus - Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - Sorocaba
• Veredicto Curso de Preparação às Carreiras Jurídicas - Campinas

— PERU

• Departamento de Dignidade Humana da Comisión Episcopal de Acción Social - CEA's

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

A Personalidade do Agente Como Circunstância Judicial na Aplicação da Pena

RICARDO LUIZ DE ABREU

A determinação da sanção afliativa é uma das fases mais importantes do processo penal, pois é nesse momento que se perdem ou se restringem direitos fundamentais da pessoa humana.

A sanção imposta pelo Estado, além de necessária, deve ser aplicada de forma justa. Para tanto, é preciso que o processo penal se valha de recursos técnico-científicos para conhecer a personalidade do delinquente, circunstância judicial prevista no art. 59, *caput*, do Código Penal que deve ser analisada na aplicação da pena-base.

Nesse sentido escreve **Mezger**: *"No que concerne à medida judicial da pena corretamente entendida, será indispensável, no futuro, que o juiz possua um conhecimento científico fundamentado da personalidade do réu"*⁽¹⁾.

Mello⁽²⁾ nos ensina que a personalidade é o segundo elemento mais importante a ser estudado na fixação da pena-base. **Fragoso**⁽³⁾, por sua vez, também entende que, nesta fase, a personalidade deve assumir posição preponderante na determinação da pena.

Não se pretende que o princípio da culpabilidade pelo fato seja substituído pela personalidade do agente, funcionando esta como limite máximo da pena, como ocorre em países hispano-americanos, mas apenas que a personalidade seja analisada tal como a sua importância exige. Tal postura difere muito do sistema hispano-americano, pois, segundo este sistema, como nos ensina **Bacigalupo**:

"A pena para o ato concreto deve determinar-se segundo a adequação do fato à personalidade do autor, e segundo a adequação social da personalidade do autor, tanto maior seria a sua pena. Essa posição consiste, em realidade, em uma fórmula em que se procura acolher a personalidade perigosado autor como base para a medida da pena. Não há dúvida de que com ela pretende-se expressar que, na medida em que a personalidade do autor permita concluir que é possível esperar de futuros fatos puníveis, deve-se considerá-la para a medida da pena"⁽⁴⁾.

Segundo **Mello**:

"São elementos constitutivos ou formadores da personalidade: a idade do réu, o seu desenvolvimento físico e mental, a educação que recebeu, o meio em

que foi criado e em que tem vivido, o ter sido ele ou não um menor abandonado, o seu grau de instrução ou de cultura, a sua inteligência, a sua sensibilidade, a sua força de vontade, a sua sensibilidade ou insensibilidade moral, o fato de sentir ou não remorso, de mostrar ou não cinismo ou indiferença para com o julgamento moral do próximo a respeito de seu crime, etc. (...)"⁽⁵⁾.

Pode-se notar, então, que analisar a personalidade não é uma tarefa simples, já que requer conhecimentos técnicos, dada a complexidade da questão. Portanto, entender o que vem a ser a personalidade, por não ser conceito jurídico, necessariamente exige auxílio das ciências correlatas.

A personalidade, por ser dinâmica e inerente a cada pessoa, não é compatível com um recurso de avaliação estático e genérico. Entendida a partir da dinamicidade e individualidade, a personalidade compõe-se de estrutura, causas permanentes e conduta, determinadas pelas influências sociais.

Não é, assim, imutável, estática, mas passível de evolução ao longo do tempo. Dessa forma, exige-se que seja avaliada de forma correta para que não se cometam injustiças.

Contudo, os julgadores, ao aplicarem a pena-base, em um caso concreto, não se valem de parecer técnico-científico algum que analise a personalidade do acusado.

Por ofender o princípio da presunção de inocência, a legislação não prevê a realização de exame da personalidade ou criminológico na instrução criminal. Dadas as peculiaridades dessa investigação, o entendimento predominante é o de que os referidos exames tão-somente poderão ser feitos depois de declarada a culpa.

Ora, apesar de ter o legislador respeitado a presunção de inocência, por não prever a realização desses exames na instrução criminal, não criou outros meios para que os magistrados, ao aplicarem a pena-base, possam avaliar de forma adequada a personalidade do agente. Com isso, fica o juiz completamente desamparado de elementos científicos na averiguação da personalidade do agente, atuando com ampla discricionariedade.

A existência de um parecer técnico-



co sobre a personalidade na instrução criminal seria de grande valia. O impedimento de analisá-la no momento da fixação da pena põe em questão os princípios da personalidade, da proporcionalidade, da individualização e da humanização da pena.

Daí a importância do exame criminológico nesta fase, por focar o binômio delito-delinquente e ser uma perícia e não exame de personalidade. Tal exame, mais abrangente, é um inquérito voltado para a investigação da pessoa, da sua história de vida, caráter, comportamento social, sensibilidade social, sensibilidade moral e nível sócio-econômico-cultural.

Conforme **Mirabete**, o exame criminológico:

"(...) é uma espécie do gênero exame da personalidade e parte 'do binômio delito-delinquente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamavam os pioneiros da Criminologia'. No exame criminológico, a personalidade do criminoso é examinada em relação ao crime em concreto, ao fato por ele praticado, pretendendo-se com isso explicar a 'dinâmica criminal (diagnóstico criminológico), propondo medidas recuperadoras (assistência criminológica)' e a avaliação da possibilidade de delinquir (...)"⁽⁶⁾.

Apesar de existirem entendimentos contrários quanto à realização do exame criminológico, antes da aplicação da pena, a sua adoção só tem a trazer benefícios.

A posição de **Farias** corrobora nosso pensamento, pois, segundo o referido autor:

"(...) o exame criminológico será capaz de apresentar um quadro delineador da personalidade do acusado, o qual será de imensa valia quer para o julgador, quer para o tribunal, quer para as autoridades encarregadas da execução da pena. (...) ele deve ser realizado na fase de instrução criminal, pois assim estaremos desde o início tratando com dados concretos, (...) como meio de individualizar a pena"⁽⁷⁾.

Como salienta **Cunha Luna**:

"(...) a legislação acertou ao não permitir exame criminológico na pessoa do simplesmente denunciado e ainda não condenado, e desacertou ao privar nosso processo penal de um exame de natureza científica que é, na essência, processual e que prestaria inegáveis esclarecimentos para a aplicação mais justa da pena, (...)"⁽⁸⁾.

Albergaria nos informa:

"(...) o exame criminológico não tem por objetivo provar a culpabilidade, mas estudar a personalidade do delinquente para a individualização da pena nas fases judiciária e da execução penal (...). Antes da decisão o juiz deverá dispor de informação sobre a personalidade biopsíquica e social do delin-

quente. Esta exigência pressupõe um exame biológico, psicológico e um conhecimento do meio social em que viveu o delinquente (...)"⁽⁹⁾.

Autores há que repudiam a existência de exame criminológico na instrução criminal, por ofender o princípio da presunção de inocência. É esta a justificativa existente na exposição de motivos da Lei de Execuções Penais e motivo pelo qual o exame, nesta fase, tal como estava previsto no Anteprojeto de Código de Processo Penal elaborado por **José Frederico Marques**, não foi aprovado.

"Para que sejam resguardadas as garantias do acusado, o processo penal deverá, no futuro, ser bifásico para que o exame criminológico, sendo adotado no decorrer da instrução, possa realizar-se sem afrontar o princípio da presunção de inocência."

No entanto, considerando que as características do exame em tela não permitem a sua realização sem a existência da formação de culpa, entendemos que, para efetivar os princípios informadores da aplicação da pena, poder-se-ia adotar um processo bifásico, seguindo o entendimento de **Zaffaroni** e **Pierangelli**, que nos ensina:

"A determinação da medida que, dentro do máximo permitido pelo grau de culpabilidade, requer a prevenção de acordo com os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente (na sua segunda função individualizadora). Cabe advertir que, neste aspecto, é de se insistir na necessidade de um estudo ou informe criminológico. Não obstante, o princípio constitucional de inocência impede-na — nossa maneira de ver — a realização do informe criminológico de um processado. Cremos que, se efetivamente se quisesse implantar esse informe, se faria mister dividir o processo, ou juízo, em duas partes — como sucede, algumas vezes, nos Estados Unidos —; na primeira se estabelecendo a autoria e a classificação legal do fato, e, numa segunda etapa, procede-se à individualização da pena. De outra maneira, pretender realizar um informe criminológico de um processado é penetrar no âmbito de privacidade e intimidade de uma pessoa, que a lei presume inocente, e que de modo al-

gum autorizam os mais elementares princípios do Estado de Direito"⁽¹⁰⁾.

Para que sejam resguardadas as garantias do acusado, o processo penal deverá, no futuro, ser bifásico para que o exame criminológico, sendo adotado no decorrer da instrução, possa realizar-se sem afrontar o princípio da presunção de inocência. Este também o entendimento de **Fragoso**⁽¹¹⁾.

Ante o exposto, somente com a adoção de uma instrução criminal bifásica poder-se-iam resguardar os princípios orientadores da aplicação da pena e os direitos fundamentais de todos acusados. Evitar-se-ia, dessa forma, que a valoração da personalidade dos acusados, nas sentenças criminais, seja quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas como "assalto revela desde logo no agente uma distorção psicológica"⁽¹²⁾, "a criminalidade violenta de regra já evidencia má personalidade"⁽¹³⁾, que, do ponto de vista técnico, nada dizem.

Para que se tenha uma justa aplicação da pena é preciso que a Justiça Penal se valha de instrumentos técnico-científicos no estudo da personalidade. A ampla discricionariedade na aplicação da pena, por outro lado, só serve para legitimar a injustiça.

NOTAS

- (1) **MEZGER, Edmund**. "Criminologia", Madrid: Revista de Derecho Privado, 10 de julho de 1942, p. 197.
- (2) **MELLO, Lydio Machado Bandeira de**. "Manual de Direito Penal", vol. II, Belo Horizonte: Lemi, 1954, p. 93.
- (3) **FRAGOSO, Heleno Cláudio**. "Lições de Direito Penal. Parte Geral", 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 322.
- (4) **BACIGALUPO, Enrique**. "A Personalidade e a Culpabilidade na Medida da Pena", in RDP nº 15/16, julho-dezembro, 1974, p. 26.
- (5) **MELLO**, Op. cit., pp. 93/94.
- (6) **MIRABETE, Júlio Fabbrini**. "Execução Penal", 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 50.
- (7) **FARIAS, Vilson**. "O Exame Criminológico na Aplicação da Pena", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 4, fascículo 15, São Paulo: IBCCRIM, 1996, pp. 276/277.
- (8) **LUNA, Everardo da Cunha**. "Capítulos de Direito Penal", v. 1, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 361.
- (9) **ALBERGARIA, Jason**. "Comentários à Lei de Execução Penal", Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 17.
- (10) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique**. "Manual de Direito Penal - Parte Geral", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 833.
- (11) **FRAGOSO**, Op. cit., p. 322.
- (12) **TACRIM/SP, Ac., rel. Octávio E. Roggiro**, JUTACRIM 421/90.
- (13) **TACRIM/SP, Ac., rel. Azevedo Franceschini**, JUTACRIM 36/310.

O autor é acadêmico do 9º período na PUC/MG, unidade Betim (MG).

ANÚNCIO RT