

Editorial

O que esperar de 2015?

O primeiro editorial do ano é espaço privilegiado para projetarmos expectativas em relação aos temas que são caros ao IBCCRIM para o ano que se inicia. Se no editorial de novembro mostramos apreensão em relação ao Congresso conservador recentemente eleito, neste olhamos atentamente para o cenário legislativo federal e os projetos de lei em andamento, reforçando aqueles que achamos imprescindíveis de serem aprovados em 2015.

Em tempos de discursos punitivistas e promessas eleitoreiras que colocam em xeque direitos fundamentais, acompanhar a pauta legislativa é tarefa importante tanto para buscar evitar recrudescimentos quanto para reforçar o coro pela aprovação de pautas garantistas, que honrem os princípios reitores do ordenamento jurídico.

Uma detida análise do panorama legislativo em andamento indica que devemos acompanhar de perto, em especial, seis projetos de lei da Câmara dos Deputados (PL) ou do Senado Federal (PLS) que ampliam rol protetivos e/ou revogam práticas que violam direitos humanos.

O PLS 554/2011, denominado Audiência de Custódia, de autoria do Sen. Antonio Carlos Valadares, prevê a realização de audiência em no máximo 24h desde a prisão em flagrante, permitindo o contato do preso com o juiz, a defesa e o Ministério Público para averiguação da legalidade da prisão e dos requisitos para eventual prisão preventiva, possibilitando a prevenção e o combate à tortura e aos maus tratos. Em prática em inúmeros países, dentre eles Peru, Argentina e Chile, a audiência de custódia é guardiã do princípio da presunção de inocência e proporciona acesso imediato à Justiça. O Projeto tramita na Comissão de Constituição e Justiça do Senado (CCJ) sob a relatoria do Sen. Humberto Costa, e, apesar do apoio de amplos setores da sociedade, há entidades policiais que entendem as 24h previstas como exíguas para a apresentação do preso, propondo alteração para 72h; se tal mudança ocorrer, haverá dificuldade de efetivação dos direitos que se pretendem garantir.

O PL 7764/2014, originário do Senado como PLS 480/2013, de autoria da Sen. Ana Rita, apresenta matéria essencial para o respeito aos direitos fundamentais: o fim da revista vexatória a familiares de presos. Tal prática viola, dentre outros, a dignidade humana, os direitos à intimidade e mesmo à visita. Dados mostram que a prática é absolutamente ineficaz para o propósito alegado. O PL proíbe a realização do desnudamento e da revista manual ao visitante de unidade de privação de liberdade, bem como regulamenta o uso de equipamentos eletrônicos de inspeção. A revista manual poderá ser utilizada somente mediante fundada suspeita, por agente do mesmo sexo e por sobre a roupa do revistado. Atualmente se encontra na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, sob a relatoria do Dep. João Campos. Após a aprovação de normativa análoga em alguns estados do país, há pouca resistência para a sua aprovação em âmbito nacional.

Objeto do editorial do Boletim de dezembro, o PL 4471/2012, que trata do fim dos autos de resistência,

segue sem aprovação na Câmara dos Deputados. De autoria dos Deps. Paulo Teixeira, Miro Teixeira, Fábio Trad e Protógenes Queiroz, é essencial para garantir que toda morte violenta seja investigada como homicídio, independentemente de seu cometimento por agente público ou privado. Assim, dentre outros, o PL regulamenta a investigação criminal de casos envolvendo letalidade no emprego da força estatal e assegura eficaz realização de perícia.

Já a previsão de remição da pena pelo desporto, objeto do PL 5516/2013, de autoria dos deputados Paulo Teixeira, Romário e Jô Moraes, segue a lógica de importantes medidas de desencarceramento, como a remição de pena por trabalho e por estudo. Tal projeto permite o desconto da pena do condenado que praticar atividades desportivas, contanto que essas sigam a lei geral do desporto (L. 9615/98) e não sejam meramente recreativas, havendo um dia de desconto na pena a cada 12h de prática desportiva distribuídas em seis dias alternados.

O PL 7977/2010, de autoria da Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, a partir de sugestão do Conselho de Defesa Social de Estrela do Sul, tem como escopo assegurar que haja acesso à informação por parte da pessoa presa, como aquelas relacionadas ao cumprimento de sua pena, e permite a emissão de certidão de antecedentes criminais e atestados de pena a cumprir. Visa a garantir que o preso possa acompanhar sua situação processual e execução penal. Tanto este quanto os projetos de fim aos autos de resistência e da remissão por desporto aguardam a pauta do Plenário da Câmara dos Deputados ser destrancada para possibilitar sua votação, o que pode, inclusive, ocorrer antes que este Boletim seja publicado, quicá antecipando a concretização de alguns dos nossos votos para 2015.

Por fim, a nova Lei de Execuções Penais, PLS 513/2013, projeto de autoria do Sen. Renan Calheiros a partir de anteprojeto elaborado por Comissão de Juristas, busca – conforme também nos referimos neste espaço, no último mês de julho – humanizar e tornar mais eficiente o cumprimento da pena, incentivando alternativas penais, enfatizando a reinserção social do apenado, estabelecendo limite de lotação de presídios e obrigando mutirões carcerários quando a população prisional atingir determinado número. Atualmente se encontra na CCJ, sob a relatoria do Sen. Eunício de Oliveira, o qual, até o momento, não se manifestou. Com isso, vale mencionar que há espaço para construção de redação e melhorias ao PLS, sendo essencial a participação de profissionais do direito nesse processo.

O acompanhamento da política penal legislativa, tanto em sua dimensão de criminalização primária, quanto como formulação de políticas públicas criminais, é essencial para os avanços democráticos e o respeito aos direitos humanos no Brasil. O IBCCRIM está atento e vem acompanhando o andamento das proposições no Congresso Nacional e se coloca, juntamente com os seus associados, como mais um ator a participar das formulações e aperfeiçoamentos legislativos. Que venha 2015!

| Editorial

Condução coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal
Diogo Malan _____ 2

Financiamento corporativo de campanha eleitoral: controle, transparência e integridade
Eduardo Saad-Diniz e Jonathan
Hernandes Marcantonio _____ 4

Remição pelo lazer e cultura
Cláudio do Prado Amaral e
Walter Ude _____ 6

Jurisdição penal indígena
Paulo Queiroz _____ 8

O infanticídio e o crime de exposição ou abandono de recém-nascido
Mauro Argachoff _____ 9

A exigência de formalização dos atos investigatórios no Brasil
Ademar Borges de Sousa Filho _____ 10

Transferência internacional de presos: medida de cooperação entre Estados ou direito fundamental do sentenciado?
Henrique de Castilho Jacinto _____ 12

A demagogia que envolve a discussão da redução da maioria penal
Pedro Soliani de Castro e
Ivan Felipe Rossetti _____ 14

A “incômoda” sustentação oral nos tribunais
César Faria _____ 16

A falha orientação do Código Penal
Raul Longo Zocal _____ 17

Última Palavra
Antonio Carlos Prado _____ 18

| DESCASOS

As mães (e pais) do crime
Alexandra Lebelson Szafr _____ 19

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo _____ 1813

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 1815
Superior Tribunal de Justiça _____ 1816
Superior Tribunal Militar _____ 1817
Tribunal Superior Eleitoral _____ 1817
Tribunal Regional Federal _____ 1817
Tribunal de Justiça _____ 1818

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal _____ 1819

Condução coercitiva do acusado (ou investigado) no processo penal

Diogo Malan

1. Introdução

O instituto da *condução coercitiva*, malgrado tradicionalmente previsto na legislação brasileira e empregado com certa frequência pelas agências do poder punitivo, até a presente data carece tanto de tratamento doutrinário sistemático quanto de regulamentação normativa adequada.

Assim, o objetivo do presente texto é tentar definir qual é a *natureza jurídica* do sobredito instituto e apresentar modesta proposta de *sistematização dos limites* à condução coercitiva impostos pelo nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Após, será feita breve crítica à recente decisão do STF sobre o ponto arrostado (HC 107.644/SP).

Por oportuno, como o próprio título deste artigo sugere, limitações de espaço e tempo impõem *recorte epistemológico* excludente da análise da condução coercitiva de personagens processuais penais diversos do *acusado* (ou *investigado*).

2. Natureza jurídica da condução coercitiva do acusado (ou investigado)

Para **Hélio Tornaghi**, a condução forçada é uma das espécies do gênero *sucedâneo da prisão provisória*, tutelando interesses relacionados à administração da Justiça com menor grau de sacrifício dos direitos do acusado.⁽¹⁾

Nesse sentido, o mandado de condução *é o ato por meio do qual a autoridade judiciária competente ordena que o acusado seja trazido à sua presença, pela força, se necessário*. Esse saudoso Mestre da FND/UFRJ esclarece que tal mandado não enseja detenção preventiva do acusado, apenas o coloca em *estado de apreensão* (sob vigilância), mas não encarcerado.⁽²⁾

A condução coercitiva, portanto, possui natureza jurídica de *medida cautelar de coação pessoal*, pela qual o acusado (ou investigado) é privado de sua liberdade pelo lapso de tempo necessário para ser levado à presença de autoridade judicial (ou administrativa) e participar de ato processual penal (ou administrativo da investigação preliminar), no qual sua presença é considerada imprescindível.

Interessa ao presente estudo a condução coercitiva *autônoma* (imposta ao acusado (ou investigado) que não tem prisão processual decretada contra si), e não aquela que *é meio de execução* da prisão processual (em flagrante, temporária e preventiva).

Portanto, nada obstante possível relação *instrumental* entre condução coercitiva e prisão processual, esses institutos *não se confundem*, pois também pode haver condução coercitiva: (i) de acusado (ou investigado) que não tem prisão processual determinada contra si; (ii) do *ofendido* (CPP, art. 201, § 1.º), da *testemunha* (CPP, arts. 218 e 461, § 1.º), do *perito* (CPP, art. 278), de *quem deva comparecer* à audiência no rito do Tribunal do Júri (CPP, art. 411, § 7.º) etc.

A condução coercitiva, portanto, possui natureza jurídica de *medida cautelar de coação pessoal*, pela qual o acusado (ou investigado) é privado de sua liberdade pelo lapso de tempo necessário para ser levado à presença de autoridade

O art. 260 do CPP vigente prevê o seguinte: “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

Tal dispositivo é reflexo direto do caldo cultural e ideológico que deu azo a essa codificação – cujo DNA é 100% ditatorial (*mezzo fascista, mezzo varguista*) e assumidamente tratava o acusado como *objeto de prova*, cujo corpo podia ser *instrumentalizado coercitivamente* para fins de tutela do poder punitivo.

Sintomática dessa concepção político-criminal autoritária era a redação original dos arts. 185 e 186 do CPP. O primeiro rezava que o acusado que fosse preso, ou comparecesse, *espontaneamente ou em virtude de intimação*, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, seria qualificado e interrogado. Já o segundo dispunha que, antes de iniciar o interrogatório, o Juiz observaria ao réu que, embora não estivesse obrigado a responder às perguntas que lhe fossem formuladas, o seu *silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa*.

O comparecimento do acusado perante a autoridade judiciária era tratado como *dever*, pois o interrogatório era considerado *meio de prova* e o direito ao silêncio na prática não era assegurado, na medida em que seu exercício podia ser usado como *argumento de prova* para a condenação. Tal situação era agravada pela ausência do defensor técnico do interrogando durante o ato processual em apreço.

Sintomática dessa concepção inquisitiva é a defesa da condução coercitiva do indiciado nas investigações policiais feita por **José Frederico Marques**, ao argumento de que o interrogatório é *meio de prova* e o investigado, *simples objeto de um procedimento administrativo, e nunca sujeito de um procedimento jurisdicionalmente garantido*.⁽³⁾

Com a redemocratização do País, felizmente houve importante ruptura paradigmática, em favor de nova concepção do interrogatório como sendo essencialmente *meio de autodefesa* do acusado (ou investigado), hoje considerado *sujeito processual titular de direitos (inclusive ao silêncio)*.⁽⁴⁾

Tal concepção veio a ser robustecida pela Lei 10.792/2003, que instituiu as seguintes inovações: (i) cariz *facultativo* do comparecimento do acusado perante o Juiz; (ii) *obrigatoriedade* da presença do defensor técnico no interrogatório; (iii) direito à entrevista reservada do interrogando com seu defensor técnico *antes* da realização desse ato; (iv) *proibição* de uso do direito ao silêncio como argumento de prova contra o acusado.

Simultaneamente, o STF ampliou o âmbito de proteção da garantia do *nemo tenetur se detegere*, incluindo nesta o direito de qualquer indivíduo (*preso ou solto; investigado, indiciado ou acusado*), diante de perguntas potencialmente incriminadoras (*ainda que em procedimento e foro diversos*) feitas por qualquer autoridade pública, recusar-se a colaborar com a investigação criminal ou instrução processual penal – sendo que o exercício desse direito não pode acarretar nenhuma consequência desfavorável (v.g., prisão processual etc.).⁽⁵⁾

3. Limites à condução coercitiva do acusado (ou investigado)

Nesse contexto, é lícito aduzir que a condução coercitiva se submete a diversas limitações, cuja proposta de sistematização segue abaixo:

Quanto à *autoridade legitimada* para determinar a medida em estudo, somente o Juiz Natural da causa pode fazê-lo, por se tratar de medida sujeita à cláusula da *reserva de jurisdição* (CPP, art. 282, § 2.º). A toda evidência, a respectiva decisão deve ser *escrita e motivada*, além de demonstrar a *proporcionalidade* da medida no caso concreto (CPP, art. 282, II).

O *sujeito passivo* dessa medida pode ser o *acusado* (pessoa que figura no polo passivo de processo penal de conhecimento condenatório) ou *investigado* (pessoa que figura como suspeita na investigação preliminar).

Já os *pressupostos legais* cumulativos da medida em apreço são: (i) somatório da prova da materialidade do crime com indícios de autoria (*fumus commissi delicti*); (ii) estrita necessidade da presença física do acusado (ou investigado) em ato processual (ou administrativo) que, sem ele, não pode ser realizado (*necessitas stricta*); (iii) prévia falta injustificada de atendimento à notificação para comparecer ao sobredito ato processual penal (ou administrativo).

Não obstante, a concepção do acusado (ou investigado) como *sujeito titular de direitos fundamentais (inclusive ao silêncio)* e do interrogatório como *meio de autodefesa* exige filtragem hermenêutico-constitucional do art. 260 do CPP. Como o acusado (ou investigado) não pode ser coagido a colaborar com sua própria incriminação, são *ilegais* conduções coercitivas para as seguintes finalidades: (i) prestar declarações perante Comissão Parlamentar de Inquérito;⁽⁶⁾ (ii) comparecer à audiência de instrução e julgamento;⁽⁷⁾ (iii) participar da reconstituição simulada do crime ou fornecer padrões gráficos ou vocais para perícia criminal;⁽⁸⁾ (iv) prestar declarações perante o Ministério Público;⁽⁹⁾ (v) fazer exame pericial de dosagem alcoólica;⁽¹⁰⁾ (vi) prestar declarações em Delegacia de Polícia;⁽¹¹⁾ (vii) participar de acareação; (viii) receber proposta de acordo de delação premiada etc.

A rigor, as duas finalidades da medida em digressão que têm legitimidade constitucional são: (i) participar de ato processual ou administrativo de *reconhecimento pessoal* (CPP, art. 226); (ii) submeter-se a *identificação criminal*, nas hipóteses taxativas do art. 3.º da Lei 12.037/2009.⁽¹²⁾

Mesmo nessas duas hipóteses excepcionais a condução coercitiva, à luz da *proporcionalidade*, deve ser considerada cabível só quando não houver nenhum outro meio de reconhecimento (v.g., *fotográfico*) ou esclarecimento da identidade do acusado ou suspeito (v.g., *consulta a banco de dados*).

No que tange à *execução* da medida pelo Oficial de Justiça e/ou força policial, avulta a importância dos seguintes limites: (i) mandado judicial contendo, além da ordem de condução, os requisitos formais do mandado de citação (CPP, art. 260, parágrafo único); (ii) respeito à integridade física e moral do conduzido; (iii) proteção do conduzido contra qualquer forma de sensacionalismo (Lei 7.210/1984, arts. 40, 41, VIII, e 42); (iv) proibição do uso de algemas, fora das situações excepcionais contidas no verbete 11 da Súmula Vinculante do STF.

Por fim, quanto à questão *temporal*, a condução coercitiva deve durar o mínimo de tempo indispensável à consecução de sua finalidade, devendo o acusado (ou suspeito) ser solto *imediatamente após*.

4. Crítica à recente decisão do STF sobre o instituto em testilha

O STF, ao julgar o HC 107.644/SP,⁽¹³⁾ decidiu que há possibilidade de condução coercitiva do investigado para prestar esclarecimentos, por determinação da autoridade policial. Segundo o Ministro Relator Ricardo Lewandowski, esse poder supostamente decorreria do art. 144, § 4.º,

do texto magno, que incumbe às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as *funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais*.

Não obstante, no marco do Estado Democrático de Direito a investigação preliminar é atividade submetida a uma série de limitações, tais como os deveres de observância da *legalidade*, da *moralidade* e do *respeito aos direitos fundamentais do cidadão investigado*, por parte da Administração Pública e seus agentes.

Nesse contexto, inexistente previsão legal para a autoridade policial determinar a condução coercitiva do suspeito para prestar declarações. É sabido que no processo penal inexistem *poderes gerais de cautela do Juiz* e tampouco medidas cautelares *atípicas* de coação pessoal. Ao contrário, como tais medidas ensejam drásticas restrições a direitos fundamentais do acusado (ou investigado), elas são submetidas a regime jurídico de *legalidade estrita (nulla coatio sine lege)*.

Essa garantia da legalidade processual, vista na sua dimensão *formal*, exige a previsão em *lei* (em sentido estrito) da medida restritiva do direito de liberdade.⁽¹⁴⁾ Já na sua dimensão *substancial*, tal garantia condiciona o próprio *conteúdo semântico* da norma que tipifica medida restritiva de liberdade, exigindo-lhe *grau mínimo de clareza* na descrição das hipóteses fáticas de cabimento dessa medida.⁽¹⁵⁾

Assim sendo, a função de polícia judiciária e de apuração de infrações penais atribuída às polícias civis pelo art. 144, § 4.º, do texto magno não lhes confere os poderes para decretar *medidas cautelares de coação pessoal*, as quais remanesçam sujeitas à cláusula da *reserva de jurisdição* (CPP, art. 282, § 2.º).

A decisão proferida no HC 107.644/SP, portanto, representa gravíssimo retrocesso à concepção autoritária do acusado como *objeto de prova*, cujo corpo pode ser *coercitivamente submetido à condução* pela polícia judiciária, para fins de cumprimento do *dever* de comparecimento ao interrogatório policial – considerado *meio de prova*.

5. Conclusão

Ante todo o exposto, é lícito concluir que a condução coercitiva possui natureza jurídica de *medida cautelar de coação pessoal*, pela qual o acusado (ou investigado) é privado de sua liberdade pelo lapso de tempo necessário para ser levado à presença de autoridade judicial (ou administrativa) e participar de ato processual penal (ou administrativo da investigação preliminar), no qual sua presença é considerada imprescindível.

A condução coercitiva está sujeita a diversos limites, relacionados: (i) à *autoridade legitimada* para decretá-la; (ii) à *motivação* da decisão judicial respectiva; (iii) à *proporcionalidade* da medida no caso concreto; (iv) ao *sujeito passivo*; (v) aos seus *pressupostos legais* cumulativos; (vi) à *execução* do mandado judicial pelo Oficial de Justiça e/ou força policial; (vii) à *duração* dessa medida.

Logo, o art. 260 do CPP deve ser submetido à interpretação conforme a Constituição, porquanto o acusado (ou investigado) é *sujeito titular de direitos fundamentais (inclusive ao silêncio)* e o interrogatório, *meio*



DIRETORIA DA GESTÃO 2015/2016

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente: Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário: Fábio Tofic Simantob
2.ª Secretária: Eleonora Rangel Nacif
1.ª Tesoureira: Fernanda Regina Vilares
2.ª Tesoureira: Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Carlos Isa

CONSELHO CONSULTIVO

Carlos Vico Mañas
Ivan Martins Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Saad
Sérgio Mazina Martins

OUVIDOR

Yuri Felix Pereira

de autodefesa. Logo, as duas únicas finalidades da condução coercitiva do acusado (ou investigado) que gozam de legitimidade constitucional são participar de ato processual (ou administrativo) de *reconhecimento pessoal* e submeter-se a *identificação criminal*, nas hipóteses do art. 3.º da Lei 12.037/2009.

Caso seja desrespeitado um desses limites, a condução coercitiva do acusado (ou investigado) acarreta *constrangimento ilegal* à sua liberdade ambulatoria, o qual é sanável pela via do *habeas corpus*.

Notas

- (1) TORNAGHI, Hélio. *Manual de processo penal* (prisão e liberdade). vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 232-233.
- (2) TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. v. III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 201.
- (3) MARQUES, José Frederico. *Da condução coercitiva do indiciado nas investigações policiais*. Estudos de direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 99-103.
- (4) O interrogatório é essencialmente meio de autodefesa, porque eventualmente ele também pode servir como meio de prova – caso e quando o interrogando decida responder às perguntas formuladas (GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa: Lei 10.792/03. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.53, São Paulo, mar.-abr. 2005, p. 185-200).

- (5) BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2009.
- (6) STF, HC 119.941/DF, 2.ª T., rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 29.04.2014.
- (7) STF, RHC 109.978/DF, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, DJe 08.08.2013.
- (8) STF, HC 99.289/RS, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, DJe 04.08.2011.
- (9) STF, HC 94.173/BA, 2.ª T., rel. Min. Celso de Mello, DJe 27.11.2009.
- (10) STF, HC 93.916/PA, 2.ª T., rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 27.06.2008.
- (11) STF, HC 89.503/RS, 2.ª T., rel. Min. Cezar Peluso, DJe 08.06.2007.
- (12) A condução coercitiva do acusado (ou suspeito) para fins de coleta de material biológico para obtenção do seu perfil genético (Lei 12.654/2012), porém, se afigura de constitucionalidade discutível, por se tratar de meio de identificação criminal *altamente invasivo*.
- (13) STF, HC 107.644/SP, 1.ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 18.10.2011.
- (14) APRILE, Ercole. *Le misure cautelari nel processo penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 70 e ss.
- (15) PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 174 e ss.

Diogo Malan

Doutor em Processo Penal pela USP.

Professor Adjunto de Processo Penal da FND/UFRJ.

Advogado.

Financiamento corporativo de campanha eleitoral: controle, transparência e integridade

Eduardo Saad-Diniz e Jonathan Hernandez Marcantonio

Em momento de mobilização nacional em torno da reforma e moralização dos costumes políticos, tramita no Supremo Tribunal Federal a ADIn 4.650/DF, sob relatoria do Min. Luiz Fux, a qual questiona a constitucionalidade de dispositivos da “Lei das Eleições” (Lei 9.504/1997) e da “Lei Orgânica dos Partidos Políticos” (Lei 9.096/1995). Os argumentos encontram sua delimitação no princípio da isonomia (art. 5.º, *caput*, e art. 14 da CF), no princípio democrático e na proporcionalidade (na modalidade proibição de insuficiência). Por agora, a ideia é debater somente a questão da proibição do financiamento corporativo, com base nas noções de controle, transparência e integridade.

Parte-se do pressuposto de que o abuso de poder econômico conduziria o procedimento eleitoral à corrupção política, além de induzir a “pactos pouco republicanos” e “patrimonialistas” entre candidatos e financiadores de campanha, em contextos de “clientelismo” e “patronagem”. A influência do poder econômico afetaria a lisura do procedimento eleitoral e o “direito fundamental a um sistema político verdadeiramente democrático”, gerando problemas de representatividade política (Min. Marco Aurélio). O financiamento vulneraria tanto a soberania popular, já que as pessoas jurídicas não gozam de cidadania (Min. Toffoli), quanto a confiança nas instituições, de tal forma a justificar a recuperação do “equilíbrio entre o mercado e a política”, que até poderia ser regulamentado “em outro modelo que pudesse vir a formatar o Congresso” (Min. Barroso).

Em posição divergente, foi ponderado que o problema na verdade consistiria no sistemático descumprimento da normativa sobre o financiamento corporativo e na impunidade dos responsáveis (Min. Teori Zavascki: se o “custo – de campanha – foi abusivo, a inconstitucionalidade não estará no preceito normativo, mas nas práticas políticas ilegítimas, a significar que a procedência ou não da ação não terá, necessariamente, do ponto de vista jurídico, o efeito de eliminar os custos”). A interpretação divergente se apoia no fato de que “não há como desconsiderar as pessoas jurídicas da nossa realidade social”, até porque não haveria como assegurar que o financiamento de pessoas físicas seria desinteressado.

Argumento ainda mais curioso, observa que a “abertura que se deu à participação das pessoas jurídicas (...) resultou de uma opção legislativa explicitamente concebida como resposta às imodações, fraudes e descaminhos verificados quando vigorava a proibição que aqui se busca reimplantar”, por ocasião do *impeachment* de Collor.

Caso se confirme a inconstitucionalidade, o financiamento público é visto como modelo alternativo de controle. Havendo concentração no Estado, haveria inclusive maior inclusão de candidatos que no atual modelo não desfrutam de chances efetivas na disputa eleitoral, a pensar nos elevados custos de uma campanha. Porém, a se pensar nas dimensões empresariais de financiamento, muito difícil projetar como seria uma campanha com suporte financeiro limitado. As condições materiais de uma campanha política no Brasil são tão complexas que chega a ser irrazoável supor que a militância ou posições ideológicas suportariam os custos de um processo eleitoral. Melhor exemplo da insuficiência da regulação pública é o horário eleitoral gratuito: os gastos com publicidade e as superproduções de *marketing* político demandam inesgotáveis recursos para o candidato se fazer conhecido ao eleitorado. Ao que parece, recorrer à intervenção pública direta para financiar campanhas pode representar mais um encargo a sobrecarregar o Estado, em vez de se dedicar à priorização de políticas públicas essenciais. A intervenção pública criaria mais uma burocracia de controle e regulação, já bastante desgastada na experiência política brasileira, que apenas revisitaria a velha fórmula “quem controla os controladores”.

A criminologia da corrupção e as teorias do controle podem oferecer outra perspectiva à regulação da iniciativa privada nos procedimentos eleitorais. Os padrões de *accountability* adotados pelo sistema eleitoral brasileiro procuram oferecer acesso público às contas de campanha, mediante registro eletrônico do sistema de informações do Tribunal Superior Eleitoral. Mas se limitar a medir os dados não significa que eles serão qualitativamente avaliados. Sob esses outros pressupostos, imprescindível preparar a triagem dos interesses corporativos, evidenciar suas preferências. O doador mantém contratos de fornecimento ou de

empreitada com o Estado? Todas as empresas em atividade são doadoras, manifestam interesse pelas eleições, ou seria possível precisar-lhes um perfil? Qual o porte e o setor estratégico da economia em que atua o doador? Quais setores econômicos são beneficiados pela ação política e em qual contexto?⁽¹⁾ Assim vai se adquirindo a transparência e maior participação popular, elevando o nível de esclarecimento e informação do eleitorado, na exata medida em que se concretiza o direito fundamental a conhecer os compromissos políticos dos eleitos em relação a atuação parlamentar em benefício dos doadores de campanha, numa forma acessível de compreensão dos vínculos entre as corporações e as decisões políticas.

É provável que o ponto mais crítico do julgamento da ADIn 4.650/DF seja justamente a abordagem um tanto genérica do mundo corporativo. Nem tudo se resume a investimento em campanha. Se for possível repensar o lugar das corporações na vida política, viabilizam-se também outras formas de investigação avaliativa para a prevenção (*crime prevention survey*) à corrupção política. Com novos parâmetros de método – avaliação com base em evidências⁽²⁾ – seria possível acrescentar mecanismos de *public disclosure* (divulgação pública) à prestação de contas eleitoral. O impacto democrático nas instituições políticas não poderia ser mais promissor caso estivesse ao alcance (a) verificar como uma empresa e seus investidores decidem apoiar esta ou aquela campanha eleitoral,⁽³⁾ ou (b) definir “*contra quais problemas querem se prevenir quando apoiam muitas vezes diferentes candidatos concorrentes entre si?*”.⁽⁴⁾

De fato, os métodos de verificação do financiamento corporativo não eliminam o *lobby*, mas criam situações para que sejam efetivamente colhidas evidências sobre seu efeito perverso na captura das estruturas estatais. Nas relações entre política e economia, antes mesmo de qualificar comportamentos como desejáveis ou não desejáveis – toleráveis ou intoleráveis ao desenvolvimento socioeconômico brasileiro –, uma abordagem diferenciada das iniciativas de ética corporativa⁽⁵⁾ ou de proposições de integridade no mundo corporativo podem empoderar a confiança no comportamento empresarial.

Concebe-se o alinhamento à *Law of Integrity* como condição necessária para a melhor performance negocial (Werner Erhard e Michael Jensen).⁽⁶⁾ A avaliação de indicadores de performance deve indicar, antes de tudo, o impacto positivo na integridade, mas também desacreditar o comportamento *out-of-integrity*, não confiável e imprevisível. Não se trata apenas de verificar o que se pode saber a respeito do comportamento corporativo, mas de conhecer o que se pode esperar das corporações no financiamento eleitoral. Desde esta perspectiva, o problema passa a ser mais precisamente o seguinte: a verificação dos indicadores do uso do financiamento corporativo pode performar integridade?

Na democracia brasileira, as eleições são um grande negócio. A procedência da inconstitucionalidade do financiamento corporativo na ADIn 4.650/DF não escapa ao perigo de estimular a clandestinidade. E a clandestinidade apenas deixará o mercado de financiamento eleitoral

ainda mais lucrativo. Submetida a uma nova tecnologia de controle, com mecanismos e metodologia mais sofisticados que incentivam a transparência e a integridade, quem sabe a manutenção do financiamento corporativo não seja um poderoso instrumento de reforço do princípio democrático. Uma saudável dúvida cujas repercussões vão para muito além da comunidade científica.

Notas

- (1) Na análise dos vínculos entre financiamento político e corrupção administrativa, Bruno Speck identifica distintas modalidades de favores que as empresas recebem em troca do financiamento de campanhas podem englobar: (a) obras, bens e serviços; (b) licenças e autorizações para a prestação de serviços públicos; (c) impostos, taxas e tributos; (d) processos de fiscalização; (e) empréstimos estatais. A identificação das formas possíveis de “favores” administrativos revela um alcance mais amplo do problema: para além da simples revisão dos meios de financiamento de campanha, “a reforma da administração pública, tornando-a menos permeável à compensação de doadores de campanhas políticas, pode ser um pilar importante para implantar um sistema de financiamento equilibrado” (SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento político e a corrupção no Brasil. In: BIASON, Rita de Cássia (org.) *Temas de corrupção política*. São Paulo: Balão, 2012, p. 80-81 e 95.
- (2) Em linhas gerais, a ciência da prevenção ao crime baseada em evidências procura expor o que funciona e o que não funciona no controle social: SHERMAN, Lawrence *et al.* Preventing crime: what works, what doesn't, what's promising. *National Institute of Justice*, 1998, p. 3 e ss.
- (3) BECHUK, Lucian; JACKSON, Robert J. Shining Light on Corporate Political Spending. *The Georgetown Law Journal*, 2013, p. 955.
- (4) SPECK, Bruno. *Op. cit.*, p. 91.
- (5) LAUFER, William. Corporate ethics initiatives as social control. *Journal of Business Ethics*, 1997, p. 1040 e ss.; crítico, LAUFER, William. Modern forms of corruption and moral stains. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 2014, p. 377 e ss.
- (6) A diferença de conceitos normativos como moralidade, ética e legalidade, integridade é uma representação ontológica: *honoring one's word* é agregado como fator de valor, produção e qualidade de vida (*performance*), ERHARD, Werner; JENSEN, Michael; ZAFFRON, Steve. Integrity: a positive model that incorporates the normative phenomena of morality, ethics and legality. *Harvard Business School NOM working paper*, 2014, p. 04 e ss.; ERHARD, Werner; JENSEN, Michael. Putting integrity into finance: a purely positive approach. *Harvard NOM Unit research paper*, 2014, p. 17 e ss.

Eduardo Saad-Diniz

Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP.

Jonathan Hernandes Marcantonio

Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho

COORDENADORES ADJUNTOS: Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Sugumori Santos.

CONSELHO EDITORIAL:

Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, André Pires de Andrade, Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garcete de Almeida, Caroline Braun, Cecília de Souza Santos, Cecília Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vileas, Fernando Gardinali, Flávia Guimarães Leardini,

Gabriel Huberman Tyles, Guilherme Lobo Marchioni, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone Louveira, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanziola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Sérgio Salomão Shecaira, Taisa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thais Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinicius Lapetina.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Fábio Suardi D'Elia, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Sugumori Santos, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Mariana Helena Kapor

Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva e Vivian Peres da Silva, Wilson Tavares de Lima.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797 planmark@editoraplanmark.com.br

Impressão: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2ª andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

Remição pelo lazer e cultura

Cláudio do Prado Amaral e Walter Ude

1. A funcionalidade executiva da pena privativa de liberdade

A execução da pena privativa de liberdade é uma atividade complexa que se assenta sobre três fundamentos teóricos, cuja efetividade confere legitimidade ao sistema respectivo. O primeiro deles diz que a pessoa presa deve ser considerada sujeito de direitos. O segundo é relativo ao programa a ser realizado pelo sistema, consistente em evitar a dessocialização e fomentar a socialização do detento. O último é de ordem teleológica, situando a pena em execução como uma certeza funcional, e não como uma certeza matemática. Vejamos.

Em sua relação com a administração penitenciária, a pessoa presa não ocupa uma condição de especial subordinação. O preso é sujeito de direitos, os quais devem ser respeitados pelo Estado e pela sociedade.⁽¹⁾ Tais direitos são todos aqueles que não forem incompatíveis com as limitações impostas pela sentença penal condenatória. Nosso ordenamento jurídico adotou referida postura (art. 3.º da LEP). O reconhecimento do preso como sujeito de direitos nada mais é do que uma das formas de especificação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Em tal condição jurídica, o detento tem direito a uma atividade precípua por parte da administração penitenciária, a qual recebe variadas denominações: ressocialização, integração, reeducação, inserção social etc. Sem ingressar em demoradas questões sobre qual a denominação mais adequada, o fato é que pode ser atribuído um conteúdo mínimo para a atividade que o sistema deve desenvolver. Cabe ao sistema fazer o cumprimento de pena ser o menos precário e o mais humanizado possível.⁽²⁾ Se não for assim, haverá dessocialização. O trato humanitário do preso possui importante consequência na sua socialização, como decorrência da natureza gregária do ser humano, cuja tendência natural é viver em grupos. Por isso, o tratamento humano dispensado ao detento necessariamente implicará em ações de incentivo à socialização com outras pessoas. Daí, a consequência do tratamento penitenciário humano tem dupla função. Não apenas deve evitar a dessocialização. Ao mesmo tempo deve estimular a sociabilidade.

Quanto ao terceiro fundamento acima enunciado, de ordem teleológica, afirma-se que a sanção fixada pelo juiz na sentença penal condenatória não é um traço exato que necessariamente será cumprido. A pena, em sua fase executiva, cumpre muito mais uma função do que um tempo carcerário fixo. A pena não pode ser considerada uma certeza matemática.

Diversos sistemas penitenciários no mundo estabelecem mecanismos legais que abreviam o tempo de encarceramento, ora colocando o preso em situação mais favorável do ponto de vista sociodeambulatorio, ora abreviando a pena por meio de efetiva subtração de tempo. O sistema progressivo de regimes, o indulto, as saídas especiais, o livramento condicional etc. são exemplos desses mecanismos.

Alógica da flexibilização matemática da pena encontra seu fundamento num sistema que se convencionou chamar de prêmios e sanções. Esses marcos, por sua vez, são atingidos por meio de ações de mérito e demérito do recluso. O legislador não é o único feitor do que deve ser considerado mérito ou demérito do preso. A lei traz rol exemplificativo, pois o legislador possui limitações naturais para perceber e antever a infinidade de contextos que podem se revelar meritórios ou não. Por isso, ao juiz cabe decidir sobre inúmeras outras situações – não previstas em lei –, as quais podem representar mérito do detento. Sobre o conteúdo axiológico do que se considera mérito, diante do que foi até aqui exposto, conclui-se que tem relação direta com as atividades de sociabilidade.

2. A remição

A remição de pena representa mecanismo de real diminuição da pena privativa de liberdade. Isso significa que a pena aplicada pelo tempo X

se transforma em *X menos Y*, sendo *Y* o tempo subtraído por força de atividades desenvolvidas pelo detento, compreendidas como meritórias, porque implicam em maior potencial de sociabilidade.

Em seu surgimento, a remição esteve atrelada às atividades laborativas.⁽³⁾ Tem origem no direito espanhol (1937) e o criador intelectual do sistema de redenção de penas foi o jesuíta **Pérez de Pulgar**, cujo fêretro (1940) atravessou Madrid carregado nos ombros dos condenados.⁽⁴⁾

Desde então, o mecanismo experimentou forte evolução, possibilitando a consideração de outras atividades permissivas da redenção da pena, como, por exemplo, por meio do estudo e da leitura. O desenvolvimento da remição, assim, foi alavancado pela identificação de situações percebidas como contextos extraordinários de remição. Isto é, ao lado do fato gerador ordinário e previsto em lei (o trabalho), detectaram-se outros, também aptos a diminuir penas.

Costuma-se vincular a remição ao princípio da individualização da pena. Todavia, sua conexão se dá mais fortemente com o princípio da socialização, que deve informar as atividades de cumprimento de pena. Referido princípio – já sedimentado na doutrina⁽⁵⁾ – está expressamente previsto entre nós, no art. 4.º da LEP, permitindo estabelecer que tudo aquilo que estiver apto a proporcionar maior socialidade do condenado possa ser considerado para fins de remição.

3. O lazer como atividade produtora de sociabilidade e socialização

O lazer é direito social inserido entre os direitos e as garantias fundamentais, conforme dispõe o art. 6.º da CF/1988. Logo, também é direito do preso. O art. 41, V, da LEP assegura o direito ao descanso e à recreação, sendo que no inc. VI está garantido o exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena. Assim, o acesso ao lazer representa um direito garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro que possibilita a produção de processos de sociabilidade e socialização dos aprisionados.

Embora o inc. V, citado acima, utilize o termo recreação para se referir a esse direito social do encarcerado, no campo de estudos do lazer há resistências quanto ao uso desse conceito, já que indica o uso de atividades prescritivas, com caráter regulatório e repetitivo, proposto por um corpo técnico institucionalizado que não inclui os indivíduos na construção de propostas para esse tipo de atividade. Além disso, essa concepção tecnicista exclui a possibilidade de envolver aspectos histórico-culturais que compõem o âmbito do lazer, os quais geram processos de pertencimento, sociabilidade e participação social nos espaços coletivos de sua expressão.

Sendo assim, o lazer representa uma atividade complexa que integra distintas dimensões que configuram a subjetividade humana, nos seus múltiplos e variados modos de organização social, de maneira dinâmica e criativa, ao articular práticas culturais, educativas, lúdicas, religiosas, esportivas, formativas, entre outras. Nessa perspectiva, torna-se relevante distinguir aquelas atividades de lazer geradoras de entretenimento, diversão, contemplação, repouso, ócio e descanso, associadas à produção de *sociabilidade*; daquelas vinculadas à formação musical, artística, cultural, teatral, esportiva e demais manifestações que exigem dedicação, disciplina e aprofundamento teórico para o seu desenvolvimento, as quais estão relacionadas aos processos de *socialização*. Obviamente que sociabilidade e socialização não representam dimensões separadas na constituição da vida humana, mas necessitam ser distinguidas para a compreensão da sua complexidade.⁽⁶⁾ Os aspectos mais formais constitutivos da socialização e os mais informais representativos da sociabilidade são apreciados por **Bauman**,⁽⁷⁾ quando discute a importância dessas experiências no engendramento dos laços sociais, numa sociedade que enfatiza o isolamento, o individualismo, a competição e a efemeridade

dos vínculos. Todavia, compreendemos que a definição desses termos, no mundo acadêmico, é polêmica e polissêmica, porém as definições adotadas acima podem nos auxiliar a pensar essa questão no campo prisional.

Essa distinção é fundamental para se pensar o significado do lazer no sistema prisional, já que, na construção da modernidade e da sociedade industrial, o trabalho foi associado a ordem, disciplina, controle, honra e moralidade; e o lazer foi vinculado a indisciplina, ociosidade, preguiça, vadiagem, promiscuidade e imoralidade. Desde os primórdios da dicotomia produzida por **Platão** entre corpo e mente, sendo o corpo concebido como lugar sujo, da paixão e do desequilíbrio, e a razão como esfera superior representativa da ordem e do equilíbrio,⁽⁸⁾ produziram-se vários equívocos a partir dessa separação que podem ser observados tanto na vida prática como no âmbito teórico. Diante disso, propõe-se um olhar dialógico, pois o lazer não representa o “não trabalho”; pelo contrário, o lazer se contrapõe e complementa o trabalho, bem como o trabalho antagoniza e complementa o lazer. Da mesma forma, não existe lazer e trabalho produzidos de forma absoluta, já que, na nossa vida cotidiana, o lúdico e o trabalho se tensionam permanentemente.

Essa concepção dicotômica entre lazer e trabalho dificulta entender a importância do lazer no sistema prisional. Como podemos defender lazer para bandidos? De acordo com o senso comum, para se corrigir vagabundos, necessita-se prescrever o trabalho como instrumento corretivo, punitivo, disciplinador e moralizante. Tal estereótipo impede compreender as dimensões da socialização e da sociabilidade presentes no lazer. Frente a isso, faz-se necessário entender que o lazer constitui uma atividade complementar ao trabalho, o qual se articula à organização das demais atividades formativas e educativas do sistema prisional, como a escola, a saúde, a assistência social, o contato familiar e comunitário. O ócio, outro elemento do lazer, não pode se configurar como ociosidade, como é comum na maioria das prisões, pois se torna exclusivamente punitivo, além de ser degradante por produzir a subjetivação de um sentimento de inutilidade, incapacidade e abandono.

Na prática prisional, a defesa do trabalho se torna algo idealizado, pois em muitos casos as atividades laborais se reduzem a colagem de palitos de picolé, tricô, bem como confecção de carrinhos de madeira para crianças, dentre outras, não se configurando como uma atividade profissionalizante que propicie a construção de um projeto de vida para o aprisionado. Por outro lado, alguns sistemas que possibilitam a formação de grupos de teatro, esporte, música, capoeira, pintura artística e demais atividades culturais que exigem dedicação, disciplina e aprofundamento, podem oferecer possibilidades de inclusão social e profissionalização. Essa contradição necessita ser discutida no âmbito do sistema prisional, no intuito de diferenciar aquelas atividades que podem emancipar os sujeitos daquelas que não oferecem um horizonte no mundo social mais amplo, tanto no campo do trabalho quanto no do lazer.

4. Lazer, socialização e remição

A possibilidade da remição rompe com a perspectiva punitiva que marca a concepção das prisões como mecanismos vingativos e condenatórios para quem cometeu algum crime. Para boa parte da população carcerária brasileira, a remição, muitas vezes, representa a primeira experiência escolar do apenado. Sendo assim, essa possibilidade constitui uma iniciativa relevante para promover processos de inclusão dos encarcerados, tanto no mundo do trabalho quanto na vida escolar, os quais podem gerar experiências de mobilidade social para os sujeitos.

Diante dessas ponderações, o lazer, no seu aspecto promotor de socialização, dentro da visão esboçada acima, também se caracteriza por uma atividade que apresenta caráter formativo e profissionalizante, nos âmbitos cultural, artístico e esportivo, desde que organizado por meio de projetos que apresentem metodologia consistente, respaldo teórico e fundamentação em práticas culturais, as quais se articulem em níveis que atendam à promoção dos seus participantes. Desse modo, não pode representar uma atividade que apenas se oferece para ocupar o tempo, para gastar energia, evitar rebelião por meio de uma “válvula de escape”, com caráter mecânico, infantilizado e prescritivo que não

gera emancipação e nem desenvolvimento da identidade cultural dos indivíduos.⁽⁹⁾

Essa perspectiva também entende que a organização das atividades de trabalho e de lazer, no sistema prisional, necessita ser equalizada. O tempo e o espaço dedicados a essas atividades precisam ser pensados de um modo que o sujeito, além da sua formação cultural, por meio do lazer, construa uma possibilidade profissional que possa incluí-lo em outros âmbitos do mercado de trabalho. Alguns sujeitos egressos do sistema se tornarão músicos profissionais, artistas, atores, atletas, mestres de capoeira, dentre outras qualificações, outros se tornarão soldadores, professores, técnicos em informática, mecânicos, acadêmicos e profissionais de distintas áreas.

Em suma, tanto o trabalho quanto o lazer produzem socialização e sociabilidade. São atividades que se complementam e se contradizem, simultaneamente, e uma não existe sem a outra. Apresentamos o lazer como uma possibilidade de remição que pode ampliar a possibilidade de inclusão dos egressos do sistema prisional. No entanto, as concepções de trabalho e lazer necessitam ser revistas e qualificadas, pois geralmente o tempo do lazer é reduzido e utilizado até mesmo como punição ou “moeda de troca” no sistema prisional, ocultando seu caráter formativo, complementar e contraditório em relação ao trabalho. O lazer concebido como atividade produtora de socialização se distingue desse olhar reducionista que lhe atribui um significado depreciativo. Frente a isso, propomos que determinadas práticas de lazer, com caráter formativo, sejam incluídas como atividades que gerem remição. Essa tarefa exige o exercício de diferenciação das práticas de lazer que exigem maior dedicação e disciplina daquelas mais livres.

Notas

- (1) RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: RT, 2001, p. 69 e 73.
- (2) BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da reintegração social do sentenciado*. 1990. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.
- (3) Exposição de Motivos da LEP, n. 133.
- (4) GOMÉZ BRAVO, Gutmaro. *La redención de penas; la formación del sistema penitenciario franquista, 1936-1950*. Madrid: Catarata, 2007, p. 72 e 74.
- (5) ANTUNES, Maria João. *Consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Ed., 2013, p. 17.
- (6) MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.
- (7) BAUMAN, Zigmunt. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- (8) TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.
- (9) GOMES, Walesson. *Lazer e juventude encarcerada: tensões entre trabalho, disciplina e práticas culturais em uma unidade prisional da APAC*. Belo Horizonte: EFFT/UFGM, 2014 (Dissertação de Mestrado em Estudos Interdisciplinares do Lazer).

Cláudio do Prado Amaral

Professor Associado da Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto – USP.

Pesquisador do Observatório Nacional do Sistema
Prisional – UFGM.
Juiz de Direito.

Walter Ude

Professor Associado III da Faculdade de Educação – UFGM.
Professor do Curso de Pós-Graduação Interdisciplinar em
Estudos do Lazer – EFFT/UFGM.
Membro do Observatório Nacional do
Sistema Prisional – ONASP.

Jurisdição penal indígena

Paulo Queiroz

De acordo com a visão tradicional, ainda hoje dominante, o índio responde penalmente, quando culpável, nos termos da legislação penal em vigor.⁽¹⁾

A tendência atual, no entanto, é reconhecer-se, em prejuízo do direito oficial, a autonomia e a validade do direito penal indígena⁽²⁾ (DPI), isto é, o direito traduzido nos usos, costumes e tradições dos povos indígenas.

Com efeito, e conforme dispõe a Constituição (art. 231, *caput*), “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Se tomarmos, como devemos, o dispositivo a sério, teremos, então, de reconhecer:

1) A autonomia do DPI; consequentemente, são válidos os julgamentos feitos pelos povos e tribos indígenas, relativamente às infrações cometidas no seu território envolvendo seus membros;

2) Não obstante isso, é possível recorrer-se à justiça comum, nos termos do art. 5.º, XXXV, da CF (princípio da inafastabilidade da jurisdição), quer por iniciativa da tribo, quer do próprio imputado, quer por órgão competente (FUNAI, MP etc.);

3) O DPI não é aplicável a conflito envolvendo não índio, ainda que ocorrido dentro de território indígena;

4) O DPI não incide, em princípio, sobre conflito ocorrido fora do território indígena, ainda que envolvendo índios;

5) O direito penal oficial é acessório/residual, relativamente ao DPI, e não o contrário, pois há de pressupor a impossibilidade de sua aplicação.

E assim deve ser, porque, em primeiro lugar, o direito indígena constitui um dos elementos essenciais de sua organização social, costumes, crenças e tradições, razão pela qual reconhecê-lo é assegurar o poder de autodeterminação/autogoverno dos povos indígenas; e, em segundo lugar, porque negar validade às práticas jurídicas indígenas violaria, claramente, o art. 231 da CF.

Diversas Constituições preveem, expressamente, a jurisdição indígena, a exemplo da colombiana (art. 246), da peruana (art. 149), da boliviana (arts. 179 e 190), da venezuelana (art. 260), da paraguaia (art. 63) e da equatoriana (art. 171). A Constituição do Equador (art. 76, 7, i) veda, inclusive, de modo explícito, a possibilidade de duplo julgamento (*ne bis in idem*): “Ninguém poderá ser julgado mais de uma vez pela mesma causa e matéria. Os casos decididos pela jurisdição indígena deverão ser considerados para este efeito”. Da mesma forma, o art. 9.º da Convenção 169 da OIT (2004) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) asseguraram-lhes, entre outros, o direito à autodeterminação, aí incluídas a conservação e o reforço de suas instituições jurídicas (arts. 4.º e 5.º). Aliás, já o art. 57 da Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio) dispunha de modo similar.

Efetivamente, ninguém está em melhor condição de julgar o índio do que a própria comunidade indígena em que se deu o conflito. E mais legitimamente. Tolerar que o índio continue a ser julgado segundo o direito oficial é tão injusto e inadequado quanto o contrário: permitir que os não índios fossem julgados de acordo com o direito indígena. Ofende-se, assim, o princípio da igualdade ao negar o direito à diferença e ao tratar como iguais os desiguais.

A intervenção do Direito Penal estatal – mínima, subsidiária e excepcional – deve, por conseguinte, ficar limitada àquelas hipóteses em que o DPI impuser condenações que violem manifestamente direito fundamental (v.g., aplicação da pena de morte).

Quando, fora das hipóteses inicialmente indicadas, houver de incidir o direito penal oficial, o índio responderá nos termos da Constituição, dos tratados e acordos internacionais e da legislação penal em vigor, que lhe dão tratamento jurídico especial.

Como é óbvio, a responsabilidade penal do índio pressupõe o cometimento de infração penal (crime ou contravenção) com todos os seus elementos constitutivos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Trata-se, porém, de um processo de imputação (objetiva e subjetiva) que, além de considerar a singularidade da cultura indígena, terá de levar em conta a especificidade do tratamento constitucional e legal, notadamente o estatuto do índio.

Justamente por isso, não há, em princípio, fato típico quando o agente pratica conduta de acordo com suas tradições, costumes e crenças. Assim, por exemplo, não existe estupro de vulnerável (CP, art. 217-A) no âmbito de certas comunidades indígenas onde o acasalamento ocorre antes dos 14 anos de idade. Cuida-se de fato atípico. Nem é típica a pesca ou caça, entre outras atividades inerentes à tradição indígena, que poderiam (em tese) configurar crime ambiental.

A atipicidade decorre da circunstância de o índio não poder figurar como sujeito ativo/passivo desses delitos, por força do tratamento jurídico especial que lhe é dado. Mas outras soluções dogmáticas são igualmente admissíveis: ausência de dolo etc., até porque conduzem, em princípio, ao mesmo resultado prático: a absolvição pura e simples.

Naturalmente que essa relação entre proteção de direitos fundamentais e respeito à diversidade étnica e cultural – a refletir diretamente sobre a definição social e legal de crime – é das mais tensas e problemáticas, razão pela qual suscitará, frequentemente, questões de constitucionalidade. Basta lembrar que a prática do infanticídio ou homicídio⁽³⁾ (objeto do PL 1.057/2007 ou Lei Muwaji), motivado pelas mais diversas razões (deficiência física ou mental, gêmeo, filho de mãe solteira etc.), tem sido registrada em diversas etnias.⁽⁴⁾

O mesmo vale, *mutatis mutandis*, para a verificação da ilicitude e da culpabilidade, as quais, além de exigirem a presença de todos os pressupostos e requisitos legais, devem ser valoradas de acordo com as peculiaridades da cultura indígena.

No entanto, ao contrário do que pretende a doutrina, a imputabilidade penal do índio não depende do grau de integração à cultura dominante. Como escrevem **Ela Wiecko de Castilho** e **Paula Bajer Costa**, “no paradigma da pluriethnicidade o grau maior de integração do indígena à sociedade nacional não o descaracteriza com indígena, tampouco exclui a imputabilidade penal”.⁽⁵⁾

Também **Augusto Silva Dias** tem que, “aparentemente mais favorável e aberta às peculiaridades das formas de vida, esta solução assenta numa visão racista e paternalista que não respeita a diferença de culturas e uma perspectiva multicultural de abordagem dos problemas baseada no valor do pluralismo. Hierarquizando as culturas em ‘civilizadas’ e ‘selvagens’ a concepção que criticamos eleva as primeiras a padrão de vida boa. Consequentemente, os membros das culturas ‘selvagens’ são rotulados de débeis mentais, detentores de um desenvolvimento mental incompleto, incapazes de entender as ‘virtudes’ ínsitas naquele padrão”.⁽⁶⁾

Com efeito, independentemente do grau de socialização, o índio é, sim, imputável, imputabilidade que há de ser apreciada segundo

a sua tradição, e não conforme os valores eurocêntricos da cultura dominante. Logo, não é incapaz de autodeterminação em razão de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, mas plenamente capaz. O índio será inimputável apenas quando portador de transtorno mental grave (CP, art. 26) ou menor de 18 anos.

O que poderá ocorrer eventualmente é a falta de conhecimento da proibição jurídico-penal de que se trata, a ensejar o erro sobre a ilicitude do fato (CP, art. 21), vencível ou invencível, conforme o caso, a ser aferida mediante laudo antropológico.

Evidentemente que o índio poderá também invocar, e com maior razão, outras excludentes legais ou supralegais de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade, sempre que presentes seus elementos constitutivos. O mesmo ocorrerá quanto às causas especiais de isenção de pena ou extintivas da punibilidade (prescrição etc.).

Notas

- (1) O conceito de índio é dado pelo art. 3.º, I, da Lei 6.001/1973: “Índio ou Silvícola – É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

- (2) Rigorosamente falando, não existe um direito penal indígena (ou civil etc.), mas violações mais ou menos graves e puníveis segundo as tradições e os costumes de determinada etnia.
- (3) Augusto Silva Dias, ao tratar de casos semelhantes ocorridos em Guiné-Bissau, considera que o fato é atípico, por ausência de dolo (DIAS, Augusto Silva. Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, n. 2, Coimbra: Coimbra Ed., abr.-jun. 1996).
- (4) Semelhante prática tem sido observada, por exemplo, entre os tapirapés, suruwahás e yanomamis.
- (5) O PL do Senado 156/2009, que institui novo Código de Processo penal e os crimes praticados contra indígenas ou por indígenas. Brasília, ano 46, n. 183, jul.-set. 2009.
- (6) DIAS, Augusto Silva. Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, n. 2, Coimbra: Coimbra Ed., abr.-jun. 1996.

Paulo Queiroz

Doutor em Direito pela PUC/SP.
Membro do Ministério Público Federal.

O infanticídio e o crime de exposição ou abandono de recém-nascido

Mauro Argachoff

Não raro, deparamo-nos com notícia veiculada pela imprensa, informando a morte de recém-nascido pela própria mãe. O tema ganha importância ao aplicador do Direito, tendo em vista que em um primeiro momento, procedendo-se a uma análise menos acurada, os crimes de infanticídio e abandono de recém-nascido com resultado morte parecem se confundir.

Previsto no art. 134 do CP, o crime de “exposição ou abandono de recém-nascido” assim vem definido:

“Art. 134. Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 1.º Se o fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2.º Se resulta morte:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos”.

Trata-se, em verdade, de uma modalidade do delito de abandono de incapaz previsto no art. 133 do CP.

Estamos diante de um crime próprio, somente a mãe podendo ser sujeito ativo, objetivando ocultar desonra própria e apenas o recém-nascido pode ser sujeito passivo.

Admite a prática nas modalidades comissiva e omissiva. Por fim, possui uma finalidade específica que é a ocultação de desonra própria.

Por sua vez, o crime de infanticídio, previsto no art. 123 do CP, encontra a seguinte descrição:

“Art. 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena – detenção, de dois a seis anos”.

Quando do estudo da questão dos critérios psicológico e fisiopsicológico, observa-se que no primeiro leva-se em consideração

o motivo de honra (*honoris causa*), ao passo que no segundo, o desequilíbrio fisiopsíquico.

Pode-se notar que o crime de infanticídio exclui o fator *honoris causa* de sua descrição típica; contudo, o legislador não agiu da mesma forma quando da tipificação do delito de exposição ou abandono de recém-nascido.

Inegavelmente, concluímos então, que ao falarmos de crime contra a vida de recém-nascido, não foi abandonado por completo o critério *honoris causae*.

Flamínio Fávero, debruçando-se sobre o assunto em questão, entendeu ser a exposição ou abandono de recém-nascido uma “verdadeira espécie de infanticídio”, afirmando tratar-se de um “homicídio honoris causa, com a mesma penalidade do infanticídio, praticado sob a influência do estado puerperal”.⁽¹⁾

Discordando totalmente de tal assertiva, **Noronha** afirma não assistir razão a **Fávero** ao equiparar os delitos de infanticídio e exposição ou abandono de recém-nascido, mesmo porque neste último inexistente o *animus necandi*.⁽²⁾

Evidentemente que os vários motivos que podem levar uma mulher à prática do infanticídio também poderão conduzi-la ao abandono do recém-nascido. Contudo, neste último, a genitora não objetiva a morte do filho e sim expô-lo ou abandoná-lo, sendo que o resultado morte sobrevém a título de preterdolo.

Com relação aos verbos “expor” e “abandonar”, embora alguns grandes doutrinadores como **Hungria** e **Fragoso** entendam serem sinônimos, preferimos a posição de **Cezar Roberto Bitencourt**, baseada na doutrina francesa, suíça e alemã, em que, na “exposição”, interrompe-se a guarda, mas não a vigilância, ao passo que no “abandono” cessam uma e outra.⁽³⁾

O fato é que, considerando-se que no abandono cessam a guarda e a vigilância, mesmo o resultado morte advindo a título de preterdolo,

não podemos deixar de observar em que condições se dá tal conduta. Digo isso porque, ocorrendo o abandono em um local absolutamente desocupado, deserto, sem acesso, parece ficar claro que o dolo não seria simplesmente de rejeição, mas sim de causar a morte do recém-nascido.

Em tal situação, difícil encontrar distinção entre os delitos previstos nos arts. 123 e 134 do CP, vez que ambos objetivavam a morte da criança. Há quem entenda, inclusive, que no art. 123 estamos diante da figura do infanticídio por ação, ao passo que no art. 134 está configurado o infanticídio *honoris causae* por omissão.⁽⁴⁾

Não enxergamos dessa forma, mesmo porque existe a possibilidade da prática do delito previsto no art. 123 do CP na modalidade omissiva, deixando, por exemplo, a genitora de remover as mucosas ou não promovendo outros cuidados que o recém-nascido necessita como a ligadura do cordão umbilical e a adequada alimentação.

A questão que se coloca é: por que o legislador suprimiu o critério *honoris causae* para o infanticídio e o manteve na exposição ou abandono de recém-nascido?

Ao que parece, a resposta não pode ser outra a não ser aquela que se relacione com a finalidade da conduta. O art. 134 do CP visa tutelar a ação da mãe que não objetiva a morte de seu filho, mas apenas abandoná-lo. Trata-se de injusto de perigo. Pratica tal conduta por diversos motivos, como, por exemplo, ser menor de idade, solteira residindo com os pais, ser a criança fruto de uma relação extramatrimonial, ou qualquer outro que esteja ligado diretamente a sua honra sexual e à boa fama que goza perante a sociedade. Isso em nada se relaciona com o estado puerperal. O que está em jogo aqui é puramente o fator honra e o resultado almejado é bem menos grave do que o previsto no infanticídio (apesar das penas idênticas), embora a morte possa também ocorrer, mas somente a título de culpa e nunca de forma desejada.

Considerando que a honra salvaguardada é de natureza sexual, o art. 134 do CP não pode apresentar como sujeito ativo a meretriz ou mulher de vida sexual manifestamente desregrada, por não haver, nesses casos, vida sexual a ser preservada.⁽⁵⁾

Tal restrição já não mais é encontrada no delito de infanticídio. A exclusão do critério psicológico com referência ao tipo, não permite que se faça qualquer diferenciação com relação à autora do delito no que diz respeito ao seu estilo de vida sexual, visto levar-se em

consideração apenas a influência do estado puerperal no momento da conduta. Aliás, tal fato foi de grande importância para a adoção do critério fisiopsicológico, qual seja, evitar-se que prostitutas ou mulheres com comportamento sexual mais liberal não fossem alcançadas pelo privilégio, enquanto outras, muitas vezes desonradas, mas não sexualmente, fossem beneficiadas.

Pelas considerações expendidas podemos então concluir que, efetivamente, o fator honra sexual ainda tem forte influência no Código Penal, inobstante a evolução dos costumes, emancipação das mulheres etc.

O quadro que se apresenta então parece ser o seguinte: não podemos conceber que uma mãe ceife a vida do próprio filho indefeso apenas e tão somente para salvaguardar sua honra. Adotamos então o critério fisiopsicológico para que a influência do estado puerperal justifique o abrandamento da reprimenda; por outro lado, não se tratando de pôr fim à vida da criança, mas sim abandoná-la para “livrar-se do problema”, permite-se que a honra seja invocada como justificativa para uma pena menor. A honra sexual pode não ser o bastante para matar, mas o suficiente para abandonar. Embora pareça de extrema frieza, a conclusão a que chegamos é essa.

Notas

- (1) FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Villa Rica, 1991, p. 767.
- (2) HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 249.
- (3) BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. v. 1, 2 e 3. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247-248.
- (4) MEDICI FILHO. Atugasmin. O infanticídio no novo Código Penal. *Revista dos Tribunais*. v. 140. São Paulo, 1942, p. 360-361.
- (5) MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. v. 2. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 135.

Mauro Argachoff

Mestre em Direito Penal pela USP.

Delegado de Polícia no Estado de São Paulo.

Professor de Direito Penal do Complexo Damásio de Jesus.

A exigência de formalização dos atos investigatórios no Brasil

Ademar Borges de Sousa Filho

O Supremo Tribunal Federal admite a realização de atos investigatórios iniciais, a fim de verificar a veracidade de *notícia criminis*, antes da instauração de inquérito policial.⁽¹⁾ Com efeito, a jurisprudência brasileira tem reconhecido a validade de investigações preliminares realizadas antes da instauração do inquérito policial, por meio de procedimento alcunhado de verificação de procedência de informação (VPI). O Superior Tribunal de Justiça, a esse respeito, tem advertido que “a melhor técnica ensina que diligências preliminares antecedam a instauração do inquérito policial, notadamente na hipótese de denúncia anônima, visando coibir abusos por parte do delator e excessos na atividade policial”.⁽²⁾ Afinal, o próprio Código de Processo Penal proclama que ao tomar conhecimento da existência de infração penal em que caiba Ação penal pública, a autoridade policial, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito (art. 5.º, § 3.º), o que dá conforto à conclusão de que é possível a realização de atos de investigação iniciais antes da instauração do inquérito policial.

A tradição jurisprudencial acima mencionada, validando a realização de diligências investigatórias antes da instauração do inquérito policial, não autoriza, entretanto, a prática de atos de investigação desprovidos da correspondente formalização. O Supremo Tribunal Federal entende que o procedimento investigatório – mesmo aquele empreendido fora do âmbito do inquérito policial – deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu advogado.⁽³⁾

Na mesma toada, convém ressaltar a advertência formulada pelo Min. Gilmar Mendes, que, em voto proferido no julgamento do HC 84.548, assentou a necessidade de o membro do Ministério Público, no exercício da função investigatória, juntar e formalizar todos os atos e fatos

processuais, em ordem cronológica, principalmente diligências, provas coligidas e oitivas. Afinal, a prova eventualmente produzida pelo *Parquet* não pertence à acusação, mas ao processo. Assim, qualquer material probatório produzido no curso das investigações deve ser juntado aos autos na sua integralidade, a fim de permitir a sua utilização tanto pela acusação quanto pela defesa. O mesmo raciocínio, pelas mesmas razões, aplica-se à investigação policial, pelas razões a seguir alinhavadas.

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista o postulado da comunhão da prova, “*que assegura, ao que sofre perseguição penal – ainda que submetida esta ao regime de sigilo –, o direito de conhecer os elementos de informação já existentes nos autos e cujo teor possa ser, eventualmente, de seu interesse, quer para efeito de exercício da auto-defesa, quer para desempenho da defesa técnica*”.⁽⁴⁾ Os elementos informativos produzidos durante as investigações – antes ou depois da instauração do inquérito policial – pertencem ao procedimento administrativo de apuração, e não à polícia ou ao Ministério Público, os quais, por isso mesmo, não podem dispor livremente desse material probatório.

Em segundo lugar, cabe considerar que a obrigação de apresentação nos autos do procedimento administrativo (inquérito ou verificação de procedência de informação) da integralidade do resultado das atividades investigatórias – decorrente do princípio da comunhão da prova – constitui também exigência do princípio da ampla defesa. Isso porque, como intuitivo, toda informação produzida na investigação pode revestir-se de particular relevância para a defesa do investigado. A ocultação de qualquer parcela da atividade de investigação realizada pela autoridade policial – antes ou depois da instauração do inquérito policial – implica evidente cerceamento de defesa, na medida em que impede a defesa de utilizar o material probatório descartado para provar a inocência do investigado.⁽⁵⁾ Nada obsta, é certo, que o investigado, ao conhecer o conteúdo das investigações realizadas, ofereça à autoridade investigante subsídios para a correta reconstrução historiográfica dos fatos, escopo último da atuação estatal no campo da polícia judiciária.⁽⁶⁾ Vale referir, por oportuno, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera absolutamente nula toda violação à norma processual que implique cerceamento de defesa.⁽⁷⁾

Não se pode perder de vista, na esteira da lição subscrita pelo Ministro Gilmar Mendes, que o inquérito policial – assim como qualquer outro procedimento administrativo de investigação – é concebido, também, como instrumento de garantia do acusado. Não obstante a ausência do contraditório, não deixa o inquérito policial de representar um procedimento legal de mediação entre o interesse do acusado e o direito de punir do Estado. Daí a existência de garantias mínimas ao acusado, tais como a existência de prazos, a supervisão judicial, a ciência das partes e a possibilidade de acompanhamento por meio de advogado.⁽⁸⁾

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, de modo coerente com a atual posição do Supremo Tribunal Federal, tem enfatizado que “*nenhum pronunciamento fático ou jurídico pode ser feito no processo penal se não for precedido da possibilidade de contradição sobre seu conteúdo*”,⁽⁹⁾ pois, como assinalou em outras ocasiões o mesmo Tribunal, a possibilidade de contradição é “*uma das regras essenciais de desenvolvimento do processo*”,⁽¹⁰⁾ que se projeta como exigência de validade sobre a atividade probatória, seja aquela pré-processual seja aquela processual.

A defesa, no processo penal, é detentora do direito de conhecer a totalidade do recorte de cognição produzido pela acusação, para que possa rastrear a legalidade da atividade persecutória. Impõe-se sublinhar, nesse contexto, a necessidade de garantir ao investigado mecanismos de controle epistêmico da atividade probatória, é dizer, de permitir amplo acesso à defesa de toda a cadeia investigatória a fim de que seja possível controlar a conformidade da atividade investigatória aos ditames legais e constitucionais.⁽¹¹⁾

A investigação realizada sem a devida formalização nos autos do procedimento administrativo de apuração não possui validade, precisamente porque cerceia do investigado o direito de efetuar o controle sobre a legitimidade dos atos investigatórios.⁽¹²⁾

Notas

- (1) O STF, em questão de ordem suscitada pelo eminente Min. Marco Aurélio por ocasião do julgamento do Inq 1957/PR, de relatoria do Min. Carlos Velloso, decidiu pela admissão, de forma cautelosa, de notícia de crime anônima para dar início a atos investigatórios acerca da sua veracidade, reputando-a inidônea apenas para, sozinha, embasar a instauração formal de inquérito policial ou oferecimento de denúncia.
- (2) STJ, HC 199.086/SP, rel. Min. Jorge Mussi, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, 5.ª T., j. 06.05.2014, DJe 21.05.2014.
- (3) STF, HC 94173, rel. Min. Celso De Mello, 2.ª T. j. 27.10.2009, DJe-223 divulg 26.11.2009, public 27-11-2009, ement vol-02384-02, p. 336.
- (4) STF, HC 94173, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª T., j. 27.10.2009, DJe de 26.11.2009. Na mesma assentada, o Min. Celso de Mello afirmou: “*É que a prova penal, uma vez regularmente introduzida no procedimento persecutório, não pertence a ninguém, mas integra os autos do respectivo inquérito ou processo, constituindo, desse modo, acervo plenamente acessível a todos quantos sofram, em referido procedimento sigiloso, atos de perseguição por parte do Estado*”.
- (5) Deve-se recordar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça só admite a ausência de transcrição integral das conversas interceptadas se houver disponibilização à defesa de todo o conteúdo interceptado. Nesse sentido: “*De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, não corporifica constrangimento ilegal o indeferimento de transcrição de diálogos, objeto de interceptação telefônica, desde que o magistrado disponibilize a mídia respectiva para a Defesa*” (RHC 20.472/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª T., j. 24.08.2009, DJe 09.11.2009).
- (6) No voto-vista proferido no julgamento do HC 92.397, da 6.ª T. do STJ, o Min. Nilson Naves esclareceu: “*A violabilidade do sigilo das comunicações telefônicas é exceção, a inviolabilidade é que é a regra (‘são invioláveis o sigilo...’, conforme o inc. XII do art. 5.º). Por isso é que haveremos de ter todo cuidado com a interceptação, e haveremos porque isso tem a ver com a dignidade da pessoa humana. A ninguém mais e a ninguém menos do que ao interceptado assiste, é bem verdade, o direito – líquido e certo, acrescentaria – de amplo conhecimento do resultado da interceptação a fim de que, obviamente, possa desenvolver a sua defesa, certamente que ampla, e a plenitude de defesa acontece, se não antes mesmo, acontece já no início da ação penal, e não, não mesmo, depois, e depois, e depois, por exemplo, já quando da audiência das testemunhas da defesa, como aqui teria acontecido*”.
- (7) Confira-se, por todos, o seguinte precedente: HC 101.474, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª T., j. 05.10.2010, DJe 09.11.2010. Na ocasião, advertiu o Ministro relator: “*a exigência de fiel observância, por parte do Estado, das formas processuais estabelecidas em lei, notadamente quando instituídas em favor do acusado, representa, no âmbito das persecuções penais, inestimável garantia de liberdade, pois o processo penal configura expressivo instrumento constitucional de salvaguarda dos direitos e garantias assegurados ao réu*”.
- (8) Trecho de voto proferido no HC 84.548 em andamento perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal.
- (9) STC 143/2001, de 18.06.2001.
- (10) SSTC 41/1997, de 10 de março, 218/1997, de 4 de dezembro, 138/1999, de 22 de julho, y 91/2000, de 30 de março.
- (11) Para um estudo aprofundado sobre o tema: PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. Marcial Pons, 2013.
- (12) Sobre a necessidade, no processo penal, de o investigado poder contraditar todas as provas produzidas em seu favor, observe-se expressivo precedente do Superior Tribunal de Justiça: STJ, HC 160662/RJ, rel. Min. Assusete Magalhães, 6.ª T., j. 18.02.2014, DJe 17.03.2014.

Ademar Borges de Sousa Filho

Mestrando em Direito Constitucional pela

Universidade Federal Fluminense.

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília.

Procurador do Município de Belo Horizonte.

Transferência internacional de presos: medida de cooperação entre Estados ou direito fundamental do sentenciado?⁽¹⁾

Henrique de Castilho Jacinto

I – Introdução

Em um mundo globalizado, o número de pessoas condenadas em países nos quais são estrangeiros está aumentando. Tal circunstância demonstra a importância da cooperação jurídica entre Estados para a transferência de presos. Mais do que um ato de cooperação entre Estados, a transferência de presos busca dar efetividade a um direito fundamental do ser humano.

II – Cooperação jurídica internacional

Desde os tempos mais remotos, os Estados atuam, em alguns casos, de forma cooperativa para atingir fins comuns. Pode ser citada a cooperação que havia entre Roma e Cartago com objetivos comerciais em que era assegurado que os comerciantes de um Estado seriam juridicamente protegidos quando vendessem no território do outro.⁽²⁾ Logo, eram realizados atos de cooperação, também, para que os comerciantes pudessem exercer seu direito do livre comércio, ou seja, dar efetividade aos direitos.

Em um mundo globalizado,⁽³⁾ como o atual, a efetividade dos direitos, muitas vezes, depende da cooperação de outro Estado soberano, seja na produção de uma prova, seja na execução de alguma medida restritiva ou qualquer outro ato de colaboração que envolva solicitação e cumprimento de medidas judiciais ou extrajudiciais, das quais dependa a comprovação ou efetivação de um direito.

Dessa maneira, cooperação jurídica internacional pode ser definida, segundo **André de Carvalho Ramos**,⁽⁴⁾ como o conjunto de regras internacionais e nacionais que rege atos de colaboração entre Estados, ou mesmo entre Estados e organizações internacionais,⁽⁵⁾ com o objetivo de facilitar o acesso à justiça.

Em matéria criminal, a cooperação jurídica internacional consiste, segundo **Denise Neves Abade**,⁽⁶⁾ no conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que interessam à jurisdição estrangeira na esfera criminal. É um conjunto de regras que rege a facilitação do direito ao acesso à justiça penal, por meio da colaboração entre Estados.

O conceito de Estado Constitucional Cooperativo é desenvolvido por **Peter Häberle**⁽⁷⁾ em obra com o mesmo título. A cooperação entre os Estados soberanos nos mais diversos campos (econômico, político) faz surgir a necessidade de adaptações das ordens jurídicas internas para que os mais diversos direitos reconhecidos internacionalmente sejam exercitados. O Estado Constitucional Cooperativo se coloca no lugar do Estado constitucional nacional.

Um país que almeja o protagonismo no cenário mundial não pode se isolar. Cada vez mais latente a importância da cooperação jurídica internacional para o desenvolvimento dos mais diversos aspectos de uma nação. O Estado tem que passar segurança aos demais, o que se faz com uma ordem nacional democrática forte, com direitos sociais reconhecidos e assegurados.

A harmonização entre as ordens jurídicas será fundamental após a transferência da execução de um Estado para outro.

Relevante consequência da globalização e de um mundo interligado pelas mais diversas relações entre Estados e entre povos, em que as

fronteiras constituem barreiras meramente imaginárias, é o aumento da criminalidade transnacional.

O desenvolvimento da economia e dos meios transportes facilitaram a locomoção das pessoas para as mais diversas nações. Com isso, há um aumento significativo de crimes cometidos por pessoas que não são residentes no país em que se consumou a infração penal. Também, a possibilidade de que foragidos busquem abrigo em outro Estado é frequente, não se podendo um país constituir “safe heaven” para criminosos. Igualmente, o desenvolvimento tecnológico permite que crimes tenham consumação em mais de um Estado soberano ou mesmo efeitos, como o desvio de dinheiro oriundo de atividade criminosa para os chamados paraísos fiscais.

Todas essas vertentes levam a uma nova criminalidade e, para combatê-la, impõe-se a cooperação jurídica internacional entre Estados em matéria penal. Além do combate, a cooperação é importante diante das consequências geradas pelo crime que não obedece a fronteiras políticas. Uma das consequências é a execução da pena privativa de liberdade imposta ao criminoso “não nacional”.

III – A transferência internacional de presos

Utiliza-se a expressão transferência de presos em vez de transferência de pessoas condenadas por razões de uniformidade, uma vez que é o termo, em regra, empregado nos tratados firmados pelo Brasil sobre o tema. Tecnicamente, porém, o instituto é mais abrangente compreendendo não só a pena de prisão, mas a pena restritiva de direitos, medida de segurança e medidas socioeducativas para adolescentes infratores. Igualmente, outras alternativas à prisão, como o acompanhamento do livramento condicional, são passíveis de transferência.⁽⁸⁾

O instituto consiste na possibilidade de uma pessoa condenada em um país em que cometeu o ilícito possa cumprir a pena privativa de liberdade (ou outras medidas alternativas) no seu país de origem ou mesmo no país em que tenha residência habitual. A pessoa está, inicialmente, presa no país da condenação e requer seja o cumprimento da pena executado no seio da sociedade na qual possui vínculos.

A difusão internacional do instituto da transferência de presos ocorreu a partir da Convenção Europeia sobre a Transferência de Pessoas Condenadas (Estrasburgo, 21.03.1983) que teve como signatários, além dos Estados que compõem o Conselho da Europa, os Estados Unidos, Canadá, Bahamas, Chile, Costa Rica, Panamá, Rússia, Israel, Tonga e Trinidad-Tobago. O governo brasileiro não participou da elaboração, nem sequer demonstrou, posteriormente, interesse em subscrevê-lo.⁽⁹⁾

No Brasil, entretanto, o instituto da transferência de presos é de extrema juventude. O primeiro Tratado sobre Transferência de Presos foi celebrado com o Canadá⁽¹⁰⁾ e incorporado internamente em 1998. Desde então, o Brasil já celebrou acordos bilaterais com Chile, Argentina, Grã-Bretanha, França, Portugal, Paraguai, África do Sul e Espanha. Em 2006, foi incorporada internamente (Decreto 5.919/2006) a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Estrangeiras no Exterior (Convenção de Manágua), a qual ganhou importância por ter como parte os Estados Unidos.⁽¹¹⁾

Dentre as características que se destacam e distinguem o instituto, está o fato de ser necessária a concordância do sentenciado para que ocorra a transferência. Ao contrário dos demais atos de cooperação em que se predomina a vontade dos Estados soberanos envolvidos (por exemplo, na extradição), na transferência de presos, sem o consentimento deste, não há como se operacionalizar a mudança. Outrossim, o direito do sentenciado é de solicitar a transferência, o que não lhe garante o direito de que a transferência irá se efetivar. É necessário, além do consentimento do indivíduo, o consentimento dos Estados; e os tratados, em regra, exigem que o indivíduo tenha nacionalidade dos países envolvidos ou residência habitual (tratado com Portugal), trânsito em julgado da sentença penal condenatória (não se pode transferir execução provisória de pena), prazo mínimo de pena (ou outra medida) a cumprir (alguns tratados exigem, ao menos, seis meses de pena a cumprir para se efetivar a transferência), dupla incriminação⁽¹²⁾ e a execução da pena não pode violar o ordenamento jurídico do Estado recebedor (por exemplo, transferir a execução da pena de morte).

Se um dos objetivos da pena privativa de liberdade é “ressocializar” o preso, qual o sentido de que a pena seja cumprida em outra sociedade? Em um país no qual o preso não se insere no contexto social? Quais valores sociais serão sedimentados durante o cumprimento da pena, os da sociedade em que ele vive ou da sociedade em que cumpre a pena? As respostas parecem óbvias.

Ainda, o estrangeiro, ao final do cumprimento da pena, não é reintegrado à sociedade, mas dela retirado compulsoriamente, vez que, ao final do cumprimento da sanção penal é editado o decreto de expulsão. Logo, pautando-se no objetivo de ressocialização da pena, não haveria lógica na execução penal de um cidadão não nacional. Ora, executar a pena para ressocializar e, ao final, retirar da sociedade? Não parece razoável.

Não se pode esquecer, também, o compromisso estatal das nações para com seus nacionais, devendo o Estado assumir a tarefa de execução da penal do cidadão nacional, arcando com tal ônus. Da mesma forma que o Estado não extradita cidadãos nacionais⁽¹³⁾ (ou seja, assume a responsabilidade por seu nacional), quando um nacional comete um crime no estrangeiro deve assumir o compromisso em executar a pena.

Nota-se uma intensa expansão da ordem internacional com a preocupação direta em assegurar a efetividade dos direitos humanos. Mesmo que indiretamente, não se pode admitir lesão a direito fundamental na cooperação. Aplica-se a teoria da “incidência direta ou imediata” dos direitos fundamentais nos pedidos cooperacionais. Esta consiste no reconhecimento de que as normas de direitos fundamentais vinculam todos os atos do Estado em seu território, inclusive aqueles que são realizados a pedido de outro Estado.⁽¹⁴⁾

Dessa forma, a conclusão necessária a este artigo, quanto à proteção dos direitos humanos, é que, em hipótese alguma, os atos de cooperação jurídica entre Estados podem ignorar os direitos humanos dos cidadãos envolvidos. Qualquer ato de cooperação violador do núcleo essencial dos direitos humanos não poderá ser aceito pela ordem jurídica internacional.

E mais. Os atos de cooperação devem se pautar na busca da efetivação dos direitos humanos. Nesse aspecto, reside a importância em se dar efetividade ao direito do sentenciado em ser transferido para cumprir pena no Estado de sua nacionalidade ou onde tenha residência habitual, naquela sociedade em que, amparado pelos laços construídos ao longo dos anos, poderá se ressocializar, sedimentar os valores sociais e morais necessários para que não volte a delinquir.

III – Conclusão

O instituto da transferência de presos adquire dimensão diferente das demais espécies de cooperação, sendo antes um instituto de promoção dos direitos humanos, de inegável cunho humanitário, e, somente em última análise, um instituto de cooperação jurídica internacional em matéria penal.⁽¹⁵⁾

O principal motivo para o desenvolvimento do instituto da transferência de presos (e que lhe deu um caráter especial perante outros possíveis mecanismos de cooperação penal internacional) foi o de atender uma questão de cunho humanitário, qual seja, a de minorar o sofrimento daquele que se encontra numa situação duplamente desafortunada: a de encarcerado e a de distante de seus círculos familiar e cultural.⁽¹⁶⁾

Por outro lado, os Tratados celebrados têm estabelecido que a transferência é faculdade dos Estados, não os obrigando a efetivá-la, ainda que preenchidos todos os requisitos estabelecidos.

Tal não poderia assim o ser.

Uma vez preenchidos os requisitos que os Estados impuseram na elaboração do Tratado sobre Transferência de Presos, tendo o sentenciado manifestado inequivocamente sua vontade pela transferência ao seu país natal (ou onde tem residência habitual), não se poderia subtrair-lhe tal direito. A transferência deveria ser efetivada não se podendo negá-la por ato discricionário do Estado.

Na transferência, o sentenciado é um sujeito de direito e não mero objeto da cooperação entre Estados.

Portanto, mais que um simples ato de cooperação entre Estados, imprescindível no mundo atual, a transferência internacional de presos é o reconhecimento e a efetivação de um direito fundamental da pessoa humana, que, apesar de condenada por um crime cometido, tem o direito em cumprir sua pena próximo às pessoas que lhe dão suporte, no seio da sociedade que deseja se reintegrar.

Notas

- (1) Este artigo é um resumo do capítulo, de mesmo nome, do Livro *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*, organizado pelos Professores Associados da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) André de Carvalho Ramos e Wagner Menezes, e publicado pela Arraes Editores.
- (2) FRANK, Tenney. Mercantilism and Rome's Foreign Policy. *The American Historical Review*, v. 18, n. 2, jan. 1913, p. 234: “In the Carthaginian province of Sicily and in Carthage he may transact business and sell whatsoever it is lawful for a citizen to do. In like manner also may a Carthaginian at Rome”, Published by: Oxford University Press on behalf of the American Historical Association (Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1835326>>).
- (3) Ensina Eric Hobsbawm: “A globalização é um processo histórico que, embora tenha sido acelerado nos últimos anos, reflete uma transformação incessante. Não é nada evidente o momento em que se pode dizer que chegou ao fim e pode ser considerada encerrada, o que se deve, sobretudo, ao fato de que sua essência é a expansão num planeta, que por sua própria natureza, é marcado pela diversidade” (HOBBSAWM, Eric. *O novo século*: entrevista a Antonio Polito. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 69-70).
- (4) CARVALHO RAMOS, André de. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 108, jan.-dez. 2013, p. 624.
- (5) A doutrina classifica a cooperação entre Estados como *Cooperação Horizontal*, posto não haver hierarquia entre Estados soberanos, e a cooperação entre Estados e Organizações Internacionais (ONU, TPI entre outros) como *Cooperação Vertical*.
- (6) ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27.
- (7) HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- (8) SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil*: aspectos jurídicos e criminológicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 253, nota 1.
- (9) *Idem*, *ibidem*, p. 267, nota 23.
- (10) Caso Lamont: o caso envolveu negociações diplomáticas entre Brasil e Canadá. Christine e Lamont e David Spencer eram canadenses e se envolveram em um crime de extorsão mediante sequestro, em 1989, contra o empresário brasileiro Abílio Soares Diniz, então principal acionista do Grupo Pão de Açúcar. Foram condenados no Brasil (pena de 28 anos de prisão), juntamente a outros réus em sua maioria estrangeiros, e iniciaram o cumprimento da pena privativa de liberdade aqui. Após grande envolvimento do governo canadense, a questão foi transformada em um problema internacional de direitos humanos, assumindo contornos políticos. A pressão para libertação

dos dois canadenses era grande. Após negociações diplomáticas, Brasil e Canadá assinaram o Tratado Bilateral para Transferência de Presos, o que culminou com o retorno dos dois ao país de origem. Grande secura deixada por este caso diz respeito ao fato de que, três meses após a transferência para o Canadá, os envolvidos conseguiram o benefício do livramento condicional, o que, devido à pena aplicada, dificilmente teriam conseguido junto ao Poder Judiciário brasileiro. Assim, os Tratados sobre Transferência de Presos acabam sendo vistos com ressalvas.

- (11) ABADE, Denise Neves. *Op. cit.*, p. 360.
- (12) Este requisito não se mostra coerente com a sistemática do instituto. Se o objetivo é ressocializar o preso, o fato de a conduta não encontrar tipicidade penal no país receptor não poderia configurar óbice à transferência. A pena deveria assim mesmo ser transferida e executada na sociedade em que o sentenciado está ligado.
- (13) Art. 5.º, LI, da CF/1988: “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização,

ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

- (14) ABADE, Denise Neves. *Op. cit.*, p. 107-108.
- (15) ABADE, Denise Neves. *Op. cit.*, p. 359.
- (16) SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Op. cit.*, p. 257.

Henrique de Castilho Jacinto

Juiz de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Graduado em Direito pela USP e mestrando em

Direito Processual Penal pela USP.

Possui cursos de extensão universitária pela

Universidade Paris 1 Panthéon – Sorbonne e pela USP.

A demagogia que envolve a discussão da redução da maioridade penal

Pedro Soliani de Castro e Ivan Felipe Rossetti

Introdução

Em face da crise institucional que assola a segurança pública na atualidade, observa-se um levante social de cunho ideológico, capitaneado pelos diversos setores da sociedade brasileira, com o propósito de reduzir a maioridade penal neste País.

Operadores do Direito, políticos, personalidades da mídia, jornalistas e formadores de opinião em geral hasteiam a bandeira da redução da maioridade penal como solução à criminalidade.

Notória a facilidade dos representantes políticos buscarem soluções paliativas com o intuito de angariar eleitores e responder aos anseios da coletividade. Porém, neste caso, tal resposta se mostra simplista, demagógica e ineficaz, mas ganha força em função da rasa interpretação da realidade que é transmitida à população pelos mais diversos meios de comunicação.

Entre os especialistas em ciências criminais, é majoritária a opinião contrária a essa medida. Todavia, a população não é influenciada por estes, mas pela pirotecnia midiática que, em geral, busca e transmite soluções simplistas à crescente criminalidade, fazendo-a enxergar na redução da maioridade penal a tábua da salvação.

O desejo pela vingança estatal, exarado pela população, culmina em um perigoso fetiche pelo enrijecimento da legislação, como se o aumento da pena *in abstracto* pudesse efetivamente desestimular a prática delitiva.

Este ensaio pretende explorar o assunto sob o prisma prático – sem abordar a questão da inconstitucionalidade de tal mudança,⁽¹⁾ uma vez que a população, convencida desta solução, exerce pressão no cenário político, que por sua vez a explora como forma de ascensão.

Ao tratarmos da redução da maioridade penal, em suas mais variadas vertentes, tanto no que diz respeito à figura do delinquente, quanto no âmbito das políticas públicas adotadas no combate à criminalidade, não se pode esquecer que a efetiva resposta estatal a ser almejada é, além da punição, a ressocialização do infrator.

Em face deste polêmico tema, se faz necessário abordar os argumentos favoráveis à redução da maioridade penal, para que fique demonstrada a sua cabal desnecessidade. Não se pretende, pois, defender a eficácia do atual sistema, mas ratificar a urgência na adoção de políticas públicas *eficazes* que contribuam para a diminuição da criminalidade, e não a adoção de políticas ineficientes que somente tentem acalmar a população.

2. Dos principais argumentos a favor da redução da maioridade penal

2.1 Da impunidade

A frase “o Brasil é o país da impunidade” é repetida como um mantra por expressiva parcela da população brasileira, que acredita que neste país o criminoso não é punido. Essa sensação de impunidade advém de diversos fatores, como da dificuldade do combate à corrupção, ou da descrença nas penas alternativas à prisão ou às medidas despenalizadoras.

Dentro do tema *redução da maioridade penal*, todavia, o argumento da impunidade se instala na sensação de que o menor de 18 anos não responde pelos seus atos, ficando livre de qualquer sanção.

O Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo, e, proporcionalmente, é a nação que mais encarcera. No âmbito do menor infrator, essa realidade não é diferente, pois o Brasil é um dos poucos países do mundo que encarcera o adolescente, e o faz em total desconformidade com os direitos humanos e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), transformando a internação em estabelecimento educacional (art. 112, VI, do ECA) em efetiva prisão.

O ECA é uma codificação de processo, procedimento, aplicação, tipificação e sanção de condutas criminosas praticadas por ou contra menores de idade, e rende elogios de estudiosos do assunto ao redor do mundo. Porém, apesar de juridicamente preciso, diversos são os óbices quanto a sua aplicabilidade, gerando o fenômeno jurídico da falta de efetividade da lei vigente.

Embora a lei preveja uma série de garantias ao menor infrator, sua falta de efetividade faz com que estes cumpram penas privativas de liberdade, muitas vezes em condições piores do que as oferecidas pelo sistema carcerário comum. Diante de todas as previsões do ECA, prevalece a diferença da pena, cujo prazo máximo é de três anos. Mesmo assim, desproporcionalidades acontecem: não raro, o roubador que cumpriria menos de um ano em regime semiaberto; por ser menor de 18 anos, cumpre três anos de internação, em condições mais precárias do que numa colônia.

Quanto ao tratamento diferenciado, acredita-se que a fase de construção e amoldamento do caráter e da personalidade do jovem permite um aprendizado mais fácil, e consequentemente aumenta as chances de alteração do comportamento futuro através da educação e profissionalização. Contudo, a lei não gera efeitos, pois é ineficaz. Em

contrapartida, tratar o menor sem distinção é garantir que o aprendizado no cárcere comprometa o seu futuro e contribua com a violência no país.

E ao contrário do que faz crer a mídia, através de notícias que circulam nas redes sociais, o Brasil é mais rígido do que a maioria dos países pelo mundo. De fato, em muitos países a maioridade penal se inicia aos 12, 13, 14 anos, todavia, a punição para o *crime* cometido pelo menor, naqueles países, é medida sócio-educativa diversa da internação. No Brasil, por sua vez, embora não cometa *crime*, a partir dos 12 anos o jovem infrator é punido pelo *ato infracional* muitas vezes com internação, em condições precárias.

A diferença, portanto, é que embora não se intitule “crime”, no Brasil o jovem é punido de forma muito mais severa do que o seria em outros países, apesar de esse mesmo fato, lá, ser considerado crime.

Em havendo punição, conclui-se que a impunidade não decorre da brandura da lei, mas da ineficiência policial e da morosidade judiciária, que não desvendam e punem a maioria dos crimes ocorridos.

2.2 Os menores infratores tornam a delinquir

A reincidência é resultado da ineficácia do Estado em ressocializar o criminoso, ou ao menos coibi-lo a agir em desconformidade com a lei. É, portanto, inevitável, seja no Brasil, seja na Suíça, exceto se aplicada pena de morte. As políticas públicas e criminais interferem ativamente nesses índices, marcando a diferença entre um sistema penal muito ou pouco eficaz.

Para que a reincidência pudesse ser utilizada como argumento nessa discussão, seria necessário que houvesse discrepância significativa entre os índices de reincidência de egressos do sistema prisional comum e dos “estabelecimentos educacionais”. Por esse motivo, a transição de um para outro seria inócua.

Este é mais um exemplo da cultura demagoga de criar argumentos não científicos para fazer alterações legislativas no afã de convencer a população de que se está resolvendo os problemas sociais.

Diante da ineficácia da lei vigente, os setores responsáveis pela persecução e aplicação de políticas criminais tomam uma posição mais cômoda, ao transferir a responsabilidade do problema para outro setor. Em vez de tomar medidas públicas para aplicar a lei, induz-se a população a acreditar que o problema decorre dela, e que a solução se dá pela promulgação de novas e desnecessárias leis.

Assim, a população leiga se insurge contra as leis vigentes, acreditando serem elas as causas dos problemas sociais, e o legislativo se promove prometendo mudanças, que pelos mesmos motivos, são ineficazes.

É o caso da redução da maioridade penal, medida paliativa e falha, que apenas acalantar a população por um curto espaço de tempo, até que, diante das novas queixas aos antigos problemas, outra alteração legislativa seja proposta.

Com a mudança da lei, o atual menor infrator reincidente passaria a ser considerado um adulto reincidente. Além de não haver benefício algum para a sociedade (o índice de reincidência permaneceria o mesmo), tal mudança impossibilitaria a aplicação do ECA: ou seja, onde o ECA é aplicado, deixaria de ser; e onde o ECA não é aplicado, sua aplicação deixaria de ser um objetivo ou uma possibilidade.

2.3 Presunção absoluta de imputabilidade do menor de 18 anos

O critério biopsicológico, adotado pelo Código Penal acerca das causas de exclusão de imputabilidade (arts. 26, *caput*; 27 e 28 § 1.º), possibilita que se afaça, no momento da conduta, a imputabilidade do agente, analisando se este apresenta distúrbios de caráter psíquico ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, bem como a influência de efeitos causados pela ingestão de álcool ou substâncias análogas provenientes de caso fortuito ou força maior, ou, ainda, se este era maior de dezoito anos. Esta última, é presunção absoluta, e persiste mesmo nos casos em que o menor seja emancipado, casado, ou até mesmo dotado de inteligência acima da média.

Em oposição a essa presunção, os adeptos à redução da maioridade penal argumentam que, atualmente, a percepção do mundo tem chegado aos jovens a uma velocidade maior e mais cedo, de modo que o menor de 18 tem capacidade de entender o caráter ilícito de sua ação. Ora, mas o menor de 12 também o tem.

Ocorre que o Código Penal, bem como a Constituição Federal, por questões de *política criminal*, impõem a presunção absoluta de incapacidade aos menores de 18 anos, prevendo aos menores punição diversa e adequada à sua idade, e não impunidade.

O principal argumento reside no contrassenso da presunção de que um jovem no último dia de seus 17 anos não tenha discernimento de seus atos, mas um dia depois, no primeiro dia de 18 anos, o tenha. Todavia, o legislador estabeleceu esse marco etário por questões de política criminal, e não baseado no discernimento de determinada idade. E esse limite deve existir, sob pena de grave desrespeito ao princípio da legalidade.

Ademais, a mesma situação criticada ocorrerá na redução para qualquer idade, eis que também é irreal crer que um jovem no último dia de seus 15 anos não tenha discernimento sobre seus atos, mas que aos 16 anos o tenha.

2.4 Corrupção de menores

Outro argumento recorrente sobre o assunto diz respeito ao fato de criminosos se utilizarem de menores para a prática de crimes, sabedores que os mesmos gozam de benefícios em termos de pena, salvo algumas exceções.

Essa prática, a despeito da vasta divulgação pela mídia, é menos comum do que se imagina, eis que a criminalidade se inicia com menores de idade, que nem sempre são *utilizados* pelos maiores. Prova disso é o expressivo número de absolvições do crime de corrupção de menores, por não restar provado que o menor tenha sido corrompido.

Ademais, se o problema fosse a utilização de menores “inocentes” pelos criminosos, tal medida fomentaria o recrutamento de menores de 16, ou 14 anos, aumentando a parcela da população ativa do crime, e corrompendo jovens com a personalidade ainda menos formada.

Por isso é frágil esse argumento, na medida em que se o intuito é a diminuição da utilização de menores pelo crime, a solução não seria a redução da maioridade penal, mas a criação de causa de aumento de pena genérica para agentes que cometem crime em concurso com menor de idade, independentemente de tê-lo corrompido ou não.

3. Conclusão

A crescente violência e a participação de jovens cada vez mais novos na criminalidade são questões palpitantes que demandam incontestemente intervenção estatal. Exatamente por esse motivo, é necessário que se reflita sobre as políticas criminais atuais, no intuito de reformá-las para que surtam efeitos positivos na sociedade brasileira.

Embora suscitada por expressiva parcela da população, fato é que a redução da maioridade penal seria medida paliativa, sem resultados positivos práticos, porém, com consequências temerárias em termos de violência.

Não se pode olvidar que a população deve ser ouvida, eis que pode vivenciar, apontar e criticar os *resultados* das políticas criminais atuais. Todavia, esses anseios precisam ser interpretados e utilizados pelos especialistas em ciências criminais, para que esses possam realmente interferir nas políticas criminais de maneira racional e eficaz.

Isso porque a população, que é leiga, é estimulada pela mídia (ou porque também é leiga, ou porque visa ganhar popularidade), criando soluções rasas, de eficácia aparente, que na realidade não passam de ilusões de uma solução simples para um problema complexo. Estabelecido um intenso clamor social, tanto parte da mídia quanto dos políticos se aproveitam dele para explorar ainda mais o tema, criando um contexto onde a sociedade brasileira sai prejudicada: em vez de serem tomadas as medidas necessárias, estudadas por especialistas, são tomadas medidas paliativas, para acalmar a população.

A experiência mostra que o enrijecimento da lei, sem o devido esforço na sua aplicação, não diminui a criminalidade, haja vista o seu perceptível crescimento. Temos uma realidade de menores infratores que já sofrem punição rígida (comparada com a legislação alienígena) prevista pelo ECA, porém este é extremamente mal aplicado no tocante às medidas que visam a ressocialização dos jovens infratores, muitas vezes ainda passíveis de recuperação.

A sociedade, por outro lado, segue acreditando que não há punição ao adolescente, e vê nessa realidade pouco esclarecida a tão aclamada impunidade. Essa ilusória solução, por sua vez, somente acalenta a população por um breve período, e assim vai continuar até que esta se convença de que medidas penalizadoras mais gravosas não geram efeitos coercitivos nos criminosos, se estes não acreditam que serão punidos. Enquanto a porcentagem de solução de crimes for tão inexpressiva, a criminalidade certamente não deixará de aumentar, e não porque a lei é branda, mas porque o criminoso acredita que não será preso. A impunidade, em geral, não decorre da ausência de leis, mas da ineficácia delas.

No Brasil, ao contrário do que se pensa, o jovem infrator é punido, mais do que na maioria dos países, às vezes mais do que os próprios adultos. O objetivo do ECA é que esses jovens infratores, ainda em estágio de amadurecimento e formação/consolidação de caráter, tenham um tratamento diferenciado, que lhes permitam ser reinseridos na sociedade como cidadãos aptos a estudar, trabalhar e se sustentar, deixando de encontrar no crime sua sobrevivência.

A grande falha da legislação específica aos jovens infratores é que ela não é cumprida, seja por desídia do executivo, seja por impossibilidades práticas de orçamento e estrutura. De qualquer forma, a solução não é abandonar essa legislação, mas procurar lhe dar eficácia para concretizar os objetivos do ECA, e não cortá-los pela raiz.

Entendemos a redução da maioria penal medida inconstitucional, que afronta os direitos humanos e que tornaria o sistema carcerário

insustentável, contribuindo para o aumento da criminalidade. Todavia, este artigo tem o intuito de transcender a questão técnica quanto à análise constitucional e demonstrar a desnecessidade da medida para que, em vez de culpar a Constituição e legislação vigente, a sociedade possa cobrar das autoridades outras políticas criminais realmente eficazes na diminuição da violência, em vez de soluções paliativas e demagógicas.

Nota

- (1) Limitação material consagrada no art. 60, § 4.º, da CF, que, por decorrência do princípio da dignidade humana, figura o art. 228 do mesmo diploma como cláusula pétrea, ante a proibição de emenda tendente a abolir o modelo dos direitos e garantias individuais.

Pedro Soliani de Castro

Pós-graduando em Teoria Geral do Crime, pelo
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e
Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu IDPEE,
da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal
pela Escola Paulista de Direito.
Advogado.

Ivan Felipe Rossetti

Pós-graduado em Direito Público, Conciliador.
Membro da Comissão Criminal da OAB Seção São Paulo
e da Comissão de Direito e Prerrogativas da OAB/SP,
Subseção Santo Amaro.
Advogado.

A “incômoda” sustentação oral nos tribunais

16

César Faria

Atualmente, com a carga imensa de processos que se avolumam dia a dia, todos que trabalham na Justiça sofrem suas nefastas consequências. O Juiz se encontra angustiado com as inúmeras ações que tem para decidir, sendo-lhe, constantemente, cobrado o cumprimento de metas e um determinado nível de produtividade, que acaba por prejudicar o exame acurado dos autos.

A utilização, às vezes inadequada ao caso concreto, de formulários padrões e decisões assemelhadas vem se transformando em uma praxe, sendo que, nos tribunais, a delegação da elaboração do voto aos assessores já não é mais negada e, nem sempre, há tempo para a devida revisão pelo relator do recurso.

Nesse contexto, o advogado aparece lutando para fazer valer a ampla defesa, assegurada constitucionalmente, num esforço hercúleo para chamar a atenção para as particularidades do caso que patrocina, sendo, injustamente, visto por alguns como um obstáculo à celeridade dos julgamentos.

Diante dessa dura realidade, há de se restabelecer o verdadeiro significado do “*duplo grau de jurisdição*”, possibilitando a mais ampla discussão da causa na segunda instância, o que passa, necessariamente, pela valorização da sustentação oral do advogado, para que possa cumprir seu decisivo papel de destacar os detalhes que tornam aquele caso singular.

Ainda hoje, o que se assiste nos tribunais, quando há, é uma sustentação oral do advogado, logo após o relatório, a qual os Desembargadores ouvem, mas, na maioria das vezes, não escutam, e que, dificilmente, tem força para modificar os votos previamente preparados e disponibilizados, somente para os mesmos, na véspera do Julgamento.

Essa problemática questão se agrava quando o advogado, após ter realizado a sustentação oral, depois do voto do Relator, pretende esclarecer ou corrigir questão de fato e, conquanto tenha direito a fazê-lo, muitas vezes é tolhido, sob a alegação de que já falou, passando constrangimentos em Sessão Pública de Julgamento.

Para evitar situações que tais, há vinte anos, com o surgimento do atual Estatuto da OAB, por meio da Lei 8.906, de 04.07.1994, no seu art. 7.º, IX, ao advogado foi conferido o direito de sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator.⁽¹⁾

Todavia, lamentavelmente, este dispositivo foi logo impugnado através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 1.105-7), tendo o STF concedido liminar para suspender sua eficácia, por considerá-lo inconstitucional, entendendo que se tratava de matéria da competência privativa dos tribunais (art. 96, I, a, CF/1988), malgrado tenham sido vencidos os ilustres Min. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence.

Ora, sem dúvida, a polêmica questão ultrapassa e muito os interesses e a conveniência dos tribunais, não devendo ser discutida apenas no âmbito restrito dos seus regimentos.

Com efeito, a sustentação oral de recursos é matéria de processo, como as razões escritas e outros atos destinados ao mesmo fim.

Vale lembrar que o invocado art. 96, I, a, da CF, assegura aos tribunais a competência para “*eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos*”.

Não há de se negar que a intervenção do advogado, *após o voto do relator*, possibilita maior debate da causa, contribuindo para evitar erros de fato e de direito, até porque as decisões seriam mais bem fundamentadas, cumprindo preceito da própria constituição (art. 93, IX, da CF), o que impactaria na redução dos recursos para os tribunais superiores.

Não obstante todas essas razões de ordem pública, o STF acabou por julgar inconstitucional o inc. IX do art. 7.º do EOAB, na ADIn 1.127-8, embora por maioria de votos, com a seguinte ementa: “A *sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes.*”

Data vênia, os fundamentos não convencem!

O relator não deve temer a sustentação oral do advogado após o seu voto, uma vez que a palavra retorna para ele que, sem nenhuma limitação de tempo, poderá defender sua posição, ou, modificá-la, sem que haja qualquer desdouro a sua competência. Daí em diante, a discussão será entre seus pares, não mais permitida a intervenção do advogado.

Por outro lado, não haveria ofensa alguma ao princípio do contraditório, pois, não somente o advogado, mas também o Ministério Público passaria a fazer sua sustentação oral após o voto do relator.

É inegável que, com a modificação sugerida, a dinâmica dos julgamentos nos nossos tribunais seria outra e muito mais democrática, porque as decisões seriam construídas através do debate oral, levando-se em conta, efetivamente, os argumentos das partes para sua formação.

Os atores teriam que melhorar sua atuação!

Ademais, convém ter sempre presente que a Constituição atual, ao fazer um juízo de valor, considerou a atuação do advogado “*indispensável à administração da Justiça*” (art. 133 da CF).

Por conseguinte, o advogado, ciente da importância da defesa oral, tenderia a atuar mais nos tribunais, aprimorando sua técnica de manifestação, divergindo sempre de forma respeitosa.

Os julgadores, por seu turno, melhor fundamentariam suas decisões, pois não se arriscariam a julgar processo sem revisar seu voto!

As sessões dos tribunais não seriam mais monótonas, poder-se-ia até julgar menos processos, mas com muito mais Justiça!

A questão em debate afigura-se oportuna e muito atual, sobretudo quando, recentemente, foi apresentado um projeto de novo Código de Processo Civil melhor disciplinando a sustentação oral nos tribunais (exs. 946 e 950), sem, contudo, alterar o momento de sua exposição.

Todavia, a polêmica não é nova!

Há mais de um século, como nos informa o saudoso acadêmico **Rubem Nogueira**,⁽²⁾ o constitucionalista **Rui Barbosa**, depois de sofrer uma grande decepção no STF, quando o Acórdão de 27.04.1892 rejeitou todas as teses de direito constitucional arguidas, sem examinar nenhuma delas devidamente, cometendo graves erros de fato e de direito e sem que o advogado impetrante do *habeas corpus* indeferido pudesse nada opor, simplesmente porque não podia falar após o voto do relator, defendeu, publicamente, pela imprensa, que “os direitos amplíssimos da defesa” exigiam que o advogado falasse após conhecer as razões dos votos dos ministros e não antes como previa o regimento.

“*Se essa praxe – advertiu –, nasce do regimento, evidentemente ela atenta contra os direitos mais patentes da defesa.*”

Notas

- (1) “(...) *sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido.*”
- (2) NOGUEIRA, Rubem. *Rui Barbosa, o combatente da legalidade*. Rio de Janeiro: 1999, p. 66.

César Faria

Mestre e Doutor em Direito pela UFBA.

Professor de Direito Processual Penal da UFBA.

Advogado.

A falha orientação do Código Penal

Raul Longo Zocal

Mobilizada a comunidade criminalista pela reforma do sistema penal brasileiro – e em muito pelo argumento da deterioração do presente pelo tempo e pelas dispersas alterações –, festeja-se a iniciativa de elaboração de uma nova parte especial ao Código Penal para completar o esforço reformista de 1984.

Nesse ensejo, não são raras as incursões teóricas, por parte dos próprios autores de nossa ciência penal, pelas características elementares de um código e a forma de acordo com a qual deve se organizar. A ideia de construção de um *sistema*, orientadora daqueles que se lançam ao trabalho de elaboração de um código, também é uma pretensão dos reformadores de qualquer conjunto normativo em âmbito penal.

Para tanto, o que se faz é subsumir o modelo que adotamos em nosso Código Penal às edificações teóricas de como um sistema normativo se deve apresentar para constar de unidade e coerência, tendo em vista as construções jurídicas que servem de exemplo para a noção de sistema normativo – noutras palavras, presenciamos a tentativa de se aproveitar a figura sistemática de áreas mais amadurecidas do Direito para correlacioná-la com um “sistema fechado” de regras de Direito Penal.

É própria de um sistema normativo a previsão de mecanismos que permitam a concatenação de suas regras e a utilização da lógica derivada do próprio sistema para dotar um código de suficiência. Por esta via, um código, enquanto *sistema de regras*, possui em si ferramentas normativas para aplicação coerente – o sistema dará uma resposta coerente, mesmo

em caso de lacunas ou de antinomias, pois essa é sua função. É, inclusive, mecanismo descrito na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 4.º) – que, apesar de introdutória às normas pátrias, não se aplica ao Direito Penal por questões principiológicas.

Os teóricos do ordenamento jurídico, no campo da teoria geral do direito, são enfáticos ao demonstrar que um *sistema* de regras extrapola a noção de *conjunto* de regras. Assim, conforme lição de **Tercio Sampaio Ferraz Jr.**, “*um ordenamento, em relação ao qual a pertinência de uma norma a ele é importante para identificá-la como norma válida, além de ser um conjunto de elementos normativos (normas) e não-normativos, é também uma estrutura, isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos*” (FERRAZ JR.: 2010, p. 145).

Apesar de toda a intencionalidade com a qual se está preparando um novo material a ser submetido ao Poder Legislativo, o Direito Penal, pela produção científica sobre ele desenvolvida, possui assentadas características que tornam problemática a aplicação de um conceito de sistema à forma como ele é codificado.

Em matéria criminal, trata-se a segurança jurídica ainda mais rigorosamente do que em outras áreas do Direito – o que se percebe na forma como a legalidade é tomada estritamente, por motivos de proteção do indivíduo diante de possíveis abusos da atuação sancionatória do Estado –, a se refletir principalmente na taxatividade do tipo penal e na proibição da analogia.

A repercussão dessas peculiaridades sobre a dogmática penal é cabal: têm-se um modelo de regras fechadas, provenientes da legalidade penal, que procuram reproduzir a intenção legislativa de criminalização de condutas e que não admitem a abrangência das situações não previstas pelo legislador por conta da impossibilidade da analogia.

Decorre daí uma dificuldade em se poder apontar uma lógica interna dentro de um Código Penal que estabelece descrições taxativas das condutas e não oferece mecanismos de valoração delas em face de outras muito próximas e *por vezes mais visivelmente lesivas do ponto de vista da função do ordenamento em proteger bens jurídicos*, o que nos remete à paradoxal constatação de que a certeza jurídica na qual se baseia a norma penal torna a abrangência do ordenamento *limitada do ponto de vista de sua função protetiva – e inviabilizando sua segurança funcional pela disparidade de sua aplicação*.

Em crítica à forma de elaboração ao projeto atualmente em trâmite, **Mariângela Gomes** bem destaca que “*não se prestigiou a constatação de que quanto mais progride a civilidade jurídica, mais se evidencia a exigência de que os crimes não sejam simplesmente amontoados ou enumerados num longo elenco, mas expostos sistematicamente segundo determinados critérios*” (GOMES: 2014, 18). A pretensão codificadora exige, antes de tudo, unidade sistêmica, algo que passa ao largo da referência adotada pela novel legislação. Nessa percepção, **Renato Silveira** aponta que “*o Direito hoje tem regras e variações que muitas vezes devem ser tratadas em leis apartadas, onde a desvinculação codificada acaba por justificar, também, toda a série de declinações que se esperam para um tratamento específico. Isso faz sentido e deve ser tido como verdade, sob pena da edificação de uma coletânea desordenada de ideias*” (SILVEIRA: 2014, p. 17). Mesmo sob o prisma

da codificação penal como reveladora de uma lógica própria, interna, sua organização demonstra falhas que não são admissíveis em uma verdadeira sistematização – fonte direta de segurança jurídica.

Essa incongruência entre a estrutura do Código Penal e a noção de sistema – noção essa que não corresponde à pretensão do legislador penal – revela uma falha na forma como o conceito de sistema é aproveitado, dando-lhe um sentido distinto para adequá-lo à característica legalidade em âmbito criminal. No momento em que se codifica a dogmática jurídico-penal com a preocupação de fechamento normativo sem a orientação própria de um sistema jurídico (unidade das prescrições e coerência entre seu conteúdo de regras, com os mecanismos que permitam essa coerência), não nos resta alternativa outra que conferir ao Código Penal uma carência de orientação.

Bibliografia

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 145.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Primeira questão: o PLS 236/12 contém um Código Penal? *Boletim do IBCCRIM*, ano 22, n. 259, jun. 2014, p. 17-19.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O dilema do primado da codificação. *Boletim do IBCCRIM*, ano 22, n. 261, ago. 2014, p. 16-17.

Raul Longo Zocal

Graduado pela Faculdade de Direito da USP.
Ex-pesquisador na área de Direito Penal e
Criminologia pela USP.
Advogado.

Última Palavra

Antonio Carlos Prado

18

O LIVRO, A MALHA NOS OMBROS, O ITAMARATY

Doutor Márcio me ensinou que, para se fazer tudo bem feito, é preciso fazê-lo como se fosse sempre pela primeira vez. Obrigado, doutor.

Eu me divertia, e não tenho dúvida de que ele também.

– E o meu livro?

– O livro vai bem, mandou lembrança... quase que eu ia devolvê-lo hoje para o senhor, mas pensei melhor...

– É livro de trabalho, preciso de volta... e não tem sentido eu ter essa coleção desfalcada de um volume...

– É coleção banguela, doutor. Melhor banguela de livro que banguela de dente...

O doutor Márcio Thomaz Bastos ria, eu ria mais, até porque era extremo o meu orgulho quando ele me recebia em seu escritório, ainda o antigo da Avenida da Liberdade 65, referência de São Paulo e referência de ética, talento e luta por justiça social. Eu era um jornalista em início de carreira; ele já era o doutor Márcio, e me emprestara um livro, retirado de uma sisuda série de tomos, sobre a história dos *habeas corpus* no STF. Nunca tive impulso para ficar com livro alheio, não gosto de quem diz que em matéria de livro há dois tolos, o que empresta e o que devolve. Mas também não nego que na minha emoção doía devolver aquela obra pelo único motivo que me envaidecia ter algum instrumento de estudo que pertencesse ao doutor Márcio. Ele percebia isso. E nos divertíamos.

Devolvi o livro, é claro. E saí no lucro. Eu então já lhe contara sobre o meu interesse em lutar por condições carcerárias mais dignas e racionais no País e também sobre o desejo de ler a respeito do júri de Gregório Fortunato, o segurança de Getúlio Vargas envolvido no atentado da rua dos Toneleiros. A generosidade do doutor Márcio não tinha limites, serve de exemplo a fila de réus dos quais foi patrono gratuitamente. Mas para o meu ego a sua generosidade conta também porque ele me presenteou com os dois volumes de *Os grandes processos do júri*, de Carlos Araújo Lima, e neles há o julgamento de Gregório – acrescente-se o valor literário de constar “edição fora de comércio”. Foi ainda o doutor Márcio quem me deu *A questão penitenciária*, de Augusto Thompson. Obrigado, doutor.

Eu me divertia, e não tenho dúvida de que ele também.

A primeira vez que conversei com doutor Márcio foi sobre direitos humanos. Aonde vou, estou sempre com uma malha jogada nos ombros, as mangas penduradas no peito (mas sem nó). Eu enalteço a espécie humana pela descoberta do antibiótico, da dupla hélice do DNA e do benzodiazepínico, mas a critico pela invenção do ar-condicionado que alimenta a minha rinite. Pois bem, explico assim a regimental malha nas costas pois nunca sei quando entrarei num freezer. O doutor Márcio estranhou porque fazia muito calor e, nas demais vezes que nos vimos, lá estavam meus ombros com a malha. Sempre que a outras pessoas ele se referia a mim, dizia:

– Aquele jornalista que, com o maior calor, está com uma malhinha nas costas...

Certa vez me perguntou:

– Mas é sempre a mesma malha?

– Claro que não, parece a mesma porque quando gosto de uma roupa já compro muitas iguais...

Doutor Márcio riu, eu ri. E nas conversas sobre criminologia ele me ensinou algo definitivo na minha formação (embora tenha morrido sem saber disso):

– Prado, a pobreza é somente um dos fatores da criminalidade.

Passei no dia seguinte a estudar o comportamento transgressor sob a ótica da psiquiatria e da psicologia social. Obrigado, doutor.

Eu me divertia, e não tenho dúvida de que ele também.

Restaurante Itamaraty, Largo do São Francisco, estou com o doutor Márcio horas antes de um júri.

– Fico ansioso como se fosse sempre a primeira vez. Até começar a falar. Depois que começo, aí me sinto calmo e tranquilo. Guarde uma coisa, Prado: para fazer tudo bem feito, faça tudo como se fosse pela primeira vez.

A lição está guardada, essa e as outras. Obrigado, doutor.

Antonio Carlos Prado
Jornalista.

DESCASOS

As mães (e pais) do crime

Alexandra Lebelson Szafir

No seu célebre – e excelente – livro *Estação Carandiru* (Companhia das Letras, edição de bolso, 4.ª reimpressão, São Paulo, 2012, p. 41), **Drauzio Varella** fala de uma mãe que vinha do Paraná religiosamente a cada 15 dias (enfrentando uma longa e cansativa viagem de ônibus) para visitar o filho, condenado a 120 anos de reclusão, por ter invadido uma casa e ali chacinado seis pessoas que sequer conhecia, a pedido de um amigo traficante.

O motivo: os moradores tinham pedido providências à polícia para acabar com a boca de *crack* na propriedade do tal amigo, a qual ficava em frente à casa deles.

Ainda assim, em dado momento de uma visita, ela implorou a um guarda do presídio que “cuidasse do menino dela”. E arrematou:

– *Eu sei que o meu filho fez coisa errada por causa das companhias, mas quando olho para ele, não acredito que ele tirou a vida daquela gente como dizem, vejo ele pequenininho no meu colo, rindo no fundo dos meus olhos.*

Apesar de ter lido o livro há muitos anos, jamais pude esquecer esse trecho, para mim a sua passagem mais triste e comovente. É possível dimensionar a dor dessa mulher?

Mas a verdade é que quando alguém – principalmente um jovem – é preso, seja ele ou ela culpado ou inocente, não se costuma dar muita importância a outro drama que se inicia: o dos pais dos encarcerados.

Quando depõem no processo, pouca ou nenhuma importância se dá ao que eles têm a dizer. Por vezes, há até certo constrangimento no ambiente.

Este texto é um tributo a esses pais e mães.

Como a dona Raimunda,⁽¹⁾ humilde costureira, cujo filho tinha uma inabalável vocação para ser bandido. Conseguimos tirá-lo da prisão, mas, poucos dias depois, foi preso novamente. Mesmo sabendo que ele era culpado, ela chorava e implorava para que eu continuasse advogando para o seu filho. Por ela, quebrei a minha regra de só advogar gratuitamente para quem merece uma segunda oportunidade. Mas o esforço foi inútil: ele se filiou ao PCC, ameaçava agentes penitenciários, e acabei desistindo. Recentemente, por mero acaso, soube do seu fim; ouvi em um jornal televisivo que ele foi assassinado no presídio de segurança máxima em que se encontrava. Espero que dona Raimunda esteja, finalmente, em paz.

Como o Sr. François, europeu cuja jovem filha foi presa no aeroporto de Guarulhos quando estava prestes a transportar cocaína para um país africano. Apesar de ser um homem aparentemente seguro e firme, dava pena ver como as suas mãos tremiam e os seus olhos se encheram de lágrimas na audiência em que foi ouvido.

Como a Sra. Lucy, mulher de semblante sombrio e com uma eterna ruga de preocupação na testa. Seu filho era viciado em crack desde o início da adolescência, e tentava cometer crimes em que, invariavelmente acabava dominado pelas vítimas. Solto por serem crimes impossíveis, acabou morto por traficantes.

Como o Sr. João, que, com o filho preso por tráfico de maconha, se desculpava por chorar como criança, tanto na sala de reuniões do nosso escritório, como na audiência em que depôs como testemunha. Felizmente, o seu filho está em liberdade e trabalhando honestamente.

Como a Sra. Mariana, que, ao visitar o filho preso e ver revistado minuciosamente tudo que trouxera, virou-se de costas sem emitir um som sequer. A única evidência de que estava chorando eram os seus ombros chacoalhando.

E como tantos outros pais e mães que só querem poder abraçar os seus filhos quando bem entenderem e saber que estes estão seguros e felizes.⁽²⁾ A eles, vítimas inocentes e invisíveis no processo penal, rendo esta homenagem.

Um excelente Ano Novo a todos.

Em tempo: rendo também minhas homenagens a um grande advogado e, sobretudo, um grande ser humano, o já saudoso Márcio Thomaz Bastos. E, para fazê-lo, nada melhor do que contar aqui um dos muitos “causos” protagonizados por ele.

Certa feita, durante um júri, o Promotor de Justiça exortava os jurados a não reconhecer o privilégio pleiteado pela defesa, o qual permitiria ao réu iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto. O representante do *Parquet* descrevia tal regime como uma espécie de *spa*, um verdadeiro paraíso, quando o Dr. Márcio o interrompeu, dizendo calmamente:

– *Doutor, agora eu entendi para que servem os guardas e as grades no regime semiaberto. Não são para impedir os presos de sair; são para conter as pessoas que lutam para entrar.*

Diz a lenda que nem o Promotor conseguiu conter o riso. A defesa ganhou o júri. Bravo, Dr. Márcio!

Notas

(1) Os nomes neste artigo foram todos trocados.

(2) A lista de pais e mães de cujo sofrimento participei é quase infinita: paro por aqui de citá-los um a um para não abusar da paciência do leitor.

Alexandra Lebelson Szafir
Advogada.
(aleszafir@uol.com.br)

As Monografias do IBCCRIM ao alcance de um clique!

Associados têm acesso
exclusivo às Monografias
do IBCCRIM em
formato digital.

Essa é mais uma facilidade
que o IBCCRIM oferece
aos seus associados.

Acesse agora mesmo
www.ibccrim.org.br/monografias
e confira!

