

## Editorial

# As vozes das ruas não se propagam no vácuo das prisões

Em 1660 o cientista britânico Robert Boyle formulou a famosa assertiva segundo a qual o som não se propaga no vácuo, mas muito antes disso já se construíam ou se empurravam pessoas para espaços onde os gritos, brados e sussurros não podem ser ouvidos. Esses espaços de exclusão levam o nome de masmorras, cativeiros, cadeias, penitenciárias ou prisões.

Mas, diferentemente do que se imagina, as prisões não são somente espaços cercados por muros e alambrados cortantes, são também todos os locais em que o som que sai das gargantas não tem ressonância, portanto, que não pode ser ouvido.

Da mesma forma que as vozes de todos aqueles que forçadamente (porque a distância não é opção) moram nas periferias não ecoam, as vozes dos encarcerados também não se propagam.

Não por outro motivo, fica cada vez mais evidente que o sistema prisional é apenas uma extensão das periferias, onde preponderantemente os pretos e pobres são retirados de seus lares para serem jogados ao lado de outros de mesma cor e classe social, pela velha e tão nociva seletividade penal.

O silêncio forçado que reina em um espaço impera também no outro. Por essa razão, assim como não se sabe o que realmente acontece nos becos escuros dos bairros que margeiam os grandes centros, a verdade é que não se sabe também o que se passa nos intramuros do sistema penitenciário.

Essa pena em específico não foi determinada por um juiz de direito, mas sim por um sistema econômico, pois muito antes de serem acusados de qualquer crime, já cumpriam a sentença de terem suas vozes caladas pelaimensidão do vácuo da desigualdade social e pelas políticas de criminalização da pobreza.

Esse silêncio tem uma razão e principalmente uma função.

Certamente não é coincidência que as notícias que são publicadas sobre os bairros periféricos e sobre o sistema penitenciário, em geral, ocupem apenas os cadernos policiais. Talvez também não seja por mero acaso que seja nesse exato mesmo espaço dos jornais que recentemente têm sido divulgadas informações sobre protestos e seus manifestantes.

Alguém se busca calar ou alguma ideia se pretende dissipar.

Há tempos que se afirma que o direito de manifestação não reflete apenas um direito subjetivo, mas sobretudo um direito coletivo, pois é exatamente da propagação de uma ideia expressada por uma pessoa, que outra (ou outras) podem ouvir, concordar, discordar, enfim, discutir e dialogar. Em outras palavras, o direito individual de uma pessoa se manifestar é intrínseco ao direito de acesso à informação de toda a sociedade.

É nesse sentido que silenciar as vozes que vêm das manifestações, seja pela repressão violenta, seja pelo encarceramento de indivíduos que sabidamente ocupam as ruas com o fim específico de bradar por direitos ou questionar desmandos, fere mortalmente as bases estruturais de uma sociedade que deveria ser calcada nas liberdades individuais.

Fato que passou a chamar a atenção nos últimos tempos é que as mesmas práticas estatais autoritárias que sempre silenciaram e condenaram os pobres e negros das periferias passaram a ter alguma divulgação (e aí causar alguma indignação) ao bater às portas da região central das grandes metrópoles.

É isso que tem acontecido na chamada criminalização das lutas sociais, contexto no qual o aparato repressivo do Estado passou a reproduzir, em espaços ocupados por manifestantes que buscam exatamente se fazer ouvidos, as mesmas e velhas arbitrariedades e truculência que outrora se restringiam aos locais onde – e de onde – o som não se propagava.

Por não estarem acostumados aos conceitos mais básicos de democracia, muitos detentores de cargos eletivos não compreendem que em um diálogo, por vezes, o papel do Estado é ser o ouvinte e não apenas o ditador de regras.

Muito em razão disso, as vozes de indignação e insubmissão que vêm das ruas tanto incomodam, e a única resposta estatal para calar esses clamores sociais que se vê é a propagação de um falso senso de insegurança para justificar o uso de sua pasta de segurança pública e reprimir *a priori* qualquer sinal de protesto, mesmo que seja a custo da prática de ilegalidades como prisões para averiguação, flagrantes urdidos, investigações com cunho político, forja de provas, intimidações a advogados, etc.

O direito penal é apenas o instrumento manuseado por todos os Poderes para dar respostas políticas, ou para buscar silenciar os protestos, como se esse fosse um meio hábil para resolver conflitos de profunda imbricação humana e social.

O Legislativo, de forma populista, propõe uma gama desmedida de normas – quase todas de constitucionalidade altamente duvidosa – com vistas ao aumento do controle e ao recrudescimento das punições para situações havidas no bojo dos protestos, como a vedação de uso de máscaras no Rio e São Paulo. O Executivo organiza e coordena as polícias para que intimidem e aprisionem, e assim calem, todos os manifestantes. Ao Judiciário cabe ratificar ou desfazer as ilegalidades praticadas pelos outros órgãos, e a impressão que se tem é a de que, ressalvadas exceções honrosas, mais as tem ratificado do que desfeito.

Nesse ínterim, manifestantes têm sido presos, os pretos e pobres condenados, e todos, amordaçados.

## | Editorial

Os tratamentos coercivos dos dependentes de drogas em confronto com a internação compulsória  
Jorge Quintas \_\_\_\_\_ 2

O princípio do acusatório e a Justiça Desportiva (o caso do futebol profissional)  
Cláudia Cruz Santos \_\_\_\_\_ 5

O princípio da insignificância e os critérios jurisprudenciais de sua aplicação  
Ângelo Roberto Ilha da Silva, Ana Carolina Carvalho de Melo e Luíza dos Passos Ferreira \_\_\_\_\_ 7

A proeminência da política criminal no âmbito da ciência conjunta do Direito Penal  
Carlo Velho Masi \_\_\_\_\_ 8

Luta por direitos: a longa mobilização pelo fim da revista vexatória no Brasil  
Heidi Cerneka, Sônia Drigo e Raquel da Cruz Lima \_\_\_\_\_ 10

Construindo a prova: uma proposta para as faculdades de direito  
Nathan Rubenson \_\_\_\_\_ 12

Absolvição sumária e a motivação das decisões  
Stephan Gomes Mendonça \_\_\_\_\_ 14

## | PROJETO DE CÓDIGO PENAL EM DEBATE

O dilema do primado da codificação  
Renato de Mello Jorge Silveira \_\_\_\_\_ 16

## | COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

O (problemático) procedimento especial da Lei de Drogas e o interrogatório do réu  
Augusto Tarradt Vilela \_\_\_\_\_ 18

## | DESCASOS

O escrívão preso  
Alexandra Lebelson Szafir \_\_\_\_\_ 19

## | Caderno de Jurisprudência

## | O DIREITO POR QUEM O FAZ

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo \_\_\_\_\_ 1773

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo \_\_\_\_\_ 1774

## | JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_ 1775

Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_ 1776

Tribunal Regional Federal \_\_\_\_ 1777

Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1778

## | JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_ 1779

# Os tratamentos coercivos dos dependentes de drogas em confronto com a internação compulsória

Jorge Quintas

Discute-se no Brasil na esfera pública, política e legislativa a internação compulsória (cf. LEMOS, 2014), como resposta para determinados usos problemáticos de drogas, particularmente os que ocorrem nos mediaticamente sinalizados territórios de uso do *crack*. A mera possibilidade de utilização de restrições à liberdade de base administrativa como forma de obviar preventivamente aos problemas que possam potencialmente resultar da concentração desses usuários é contrária a toda a evolução das políticas das drogas no plano internacional e particularmente no espaço da língua portuguesa. É certo que o Brasil mantém o estatuto criminal do porte de drogas para uso próprio (ao contrário de Portugal que o descriminalizou), mas as penas cabíveis são todas não detentivas (art. 28 da Lei 11.343/2006), e, conseqüentemente estão afastadas a pena de prisão e qualquer outro tipo de pena que inclua qualquer mecanismo de internação, muito menos do tipo compulsório. A evolução legislativa brasileira em matéria de drogas, à semelhança de muitas outras legislações, parece anunciar a primazia dos direitos do usuário a optar (ou não) pelo tratamento mesmo quando o seu comportamento o coloque em confronto com o sistema da justiça por infração das leis das drogas ou até pela prática de crimes. Nessas circunstâncias o tratamento do dependente de drogas é necessariamente coercivo mas não deve assumir carácter compulsório. O tratamento é sempre uma opção, ainda que condicionada pela situação legal. Acresce que as modalidades de tratamento do dependente de substâncias são múltiplas e que a internação, designadamente em comunidades terapêuticas, é apenas uma das possibilidades que exigirá o mais estrito respeito pelos direitos dos internados, incluindo o de interromper esse mesmo tratamento.

Torna-se assim relevante distinguir concretamente as possibilidades terapêuticas inscritas nas leis das drogas que se podem designar como tratamentos coercivos de dependentes de drogas e os movimentos de base higienista que configuram a ideia de internação compulsória. Para o efeito revêem-se brevemente as principais questões que se colocam na atualidade aos tratamentos coercivos dos dependentes de drogas, designadamente os seus fundamentos legais, as questões éticas que suscitam e a sua eficácia.

## 1. Sobre os fundamentos legais dos tratamentos coercivos

Na sequência de algum tipo de transgressão à lei (e apenas nessa sequência) os sistemas legais, em praticamente todos os países, dispõem de mecanismos, de carácter mais ou menos coercivo, de

Torna-se assim relevante distinguir concretamente as possibilidades terapêuticas inscritas nas leis das drogas que se podem designar como tratamentos coercivos de dependentes de drogas e os movimentos de base higienista que configuram a ideia de internação compulsória

envio dos dependentes de drogas para o tratamento. Nas diversas abordagens legais que mantenham a interdição do uso de drogas os usuários são objeto, simultânea ou alternativamente, de medidas punitivas e de medidas médico-sociais (CESONI, 1995). Propiciar aos dependentes de drogas o contacto com as instituições de saúde é um objetivo particularmente saliente nas medidas de natureza terapêutica aplicáveis às transgressões de uso de drogas. As diversas possibilidades de aplicação de disposições terapêuticas previstas nas leis e a ameaça das sanções em caso de incumprimentos têm como principal finalidade servir como alavanca terapêutica do dependente de drogas transgressor da lei. Esta finalidade existe em países que mantêm a criminalização do consumo e é ainda mais acentuada na experiência de descriminalização portuguesa. De facto, a Lei 30/2000, de 29 de Novembro, em vigor a partir de 1 de Julho de 2001 em Portugal visa expressamente, de acordo com o seu título, “a proteção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica”. As transgressões à lei são sujeitas a sanções aplicadas pelas Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência (CDT), a quem compete a promoção do processo e as decisões relativas ao mesmo. As pessoas detetadas por consumo de drogas são agora, por força da atuação das CDT, encaminhadas para tratamento no sistema de saúde especializado de forma bem mais intensiva, especialmente em comparação com a prática dos tribunais que a precede. (cf. QUINTAS, 2006, 2011; QUINTAS & AGRA, 2010).

Acresce que, por vezes, as medidas de natureza terapêutica podem estender-se a situações de tráfico praticado por dependentes e à chamada criminalidade conexa. Neste último caso estamos perante a questão da relação entre o uso de drogas e outros crimes a propósito dos quais se possam igualmente utilizar mecanismos terapêuticos. É esperado que os dependentes de drogas possam entrar mais em contacto com o sistema legal por tráfico de drogas e por alguns outros crimes do que outras pessoas não utilizadoras de substâncias psicoativas.<sup>(1)</sup> Nesses casos as medidas de natureza terapêutica aplicadas pelos sistemas de justiça criminal podem surgir como as mais apropriadas em diversas fases processuais e momentos de determinação e execução das sanções – na polícia (apenas em certos países), no Ministério Público (e.g. Suspensão Provisória do Processo); no Tribunal (e.g. Suspensão de Execução da Pena); na execução de pena (na comunidade e na prisão; na liberdade condicional).

Decorre do exposto que a possibilidade de coerção legal sobre o dependente de drogas é estritamente dependente da deteção pelas autoridades do porte para uso ou do uso propriamente dito (considerado como crime ou como infração meramente administrativa, dependente da legislação de cada país) ou de um ilícito criminal (tráfico de drogas ou criminalidade conexa praticados por dependentes). De forma geral não existem nas leis das drogas, nos países democráticos, possibilidades de internação preventiva de usuários de droga, muito menos de carácter compulsório e ainda menos que estas internações possam ser aplicadas de forma massiva. Não há sequer legitimidade de qualquer intervenção do sistema de justiça na ausência de transgressões às leis. O tratamento coercivo não é uma medida preventiva, é uma sequência possível de um processo legal.

## 2. Sobre as questões éticas associadas aos tratamentos coercivos

A utilização da coerção legal para o tratamento, particularmente quando aplicada ao uso de drogas, é alvo de longa discussão ética. Nos regimes legais baseados na interdição do uso de drogas, a possibilidade de evitar ou minorar sanções, designadamente penais, submetendo-se a tratamento é talvez o principal argumento que permite justificar a interdição (BISIOU, 1996). A legitimidade da proibição do uso de drogas decorre da intenção de proteger a saúde dos seus utilizadores (ALBRECHT, 1999; FIGUEIREDO DIAS, 1998) e a possibilidade de punição do uso tem a sua melhor justificação no fundamento sanitário (CABALLERO & BISIOU, 2000). As disposições jurídicas sobre o uso de drogas podem ser concebidas, não como simples restrições das liberdades individuais, mas também como forma de ajudar os dependentes. Se as sociedades precisam de defesas sociais contra os problemas de abuso de drogas, as restrições jurídicas sobre o uso e, particularmente, as medidas terapêuticas que possam ser aplicadas como resposta apropriada no processo legal por uso de drogas, pretendem “ajudar as pessoas a ser livres”. A ideia de forçar alguém a ajudar-se a si próprio pode, no entanto, ser vista como um conceito contraditório numa democracia. Szasz (2003), por exemplo, considera que confundir tratamento de uma doença com punição de um comportamento desorienta o nosso sentido de justiça e ameaça as liberdades fundamentais. Os movimentos de legalização e, por maioria de razão, de liberalização do uso de drogas colocam necessariamente sérias objeções à utilização de mecanismos terapêuticos, desde logo porque se opõe, por definição, à existência da interdição.

Quando se anui com a interdição do uso de substâncias (como é o caso da esmagadora maioria dos países desde o início do século XX) e com a ideia de preferência pelo tratamento do dependente de droga, a questão fundamental que se põe ao tratamento coercivo é a da sua aceitação pela pessoa alvo do processo legal. Neste sentido, o relevante será manter a possibilidade de os indivíduos escolherem submeter-se ou não a tratamento perante as condições especiais em que se encontram no seu confronto com a justiça. Seddon (2007) destaca que o tratamento pode ser considerado uma escolha forçada, mas também que as alternativas, designadamente as penas tradicionais, podem ser potencialmente consideradas mais severas. Hough (1996) acrescenta que os esquemas de tutela judicial podem mesmo aliar-se a condições de tratamento, desde que fique assegurado que o tratamento coercivo não é um tratamento compulsivo e que não é mais restritivo das liberdades individuais dos ofensores do que as punições convencionais. Brochu (1995) considera ainda que as intervenções terapêuticas nas pessoas toxicodependentes judicializadas obrigam a encontrar esta clientela com um mínimo de eficácia e dignidade. Os programas devem ser eficazes e os programas eficazes devem ser moralmente aceitáveis. Também Hall (1997) considera que se um programa não for efetivo, não há justificação ética para o providenciar. Spooner, Hall e Mattick (2001) defendem que o tratamento coercivo é ético quando o ofensor tem o direito de exercer alguma escolha entre o tratamento e o processo criminal usual e o tipo de tratamento que recebe. Bright e Martire (2012) sustentam o tratamento coercivo em três premissas: direito a proteção dos ofensores durante o processo, tratamento que tenha em conta a dignidade humana e eficácia do mesmo.

Em suma, se e quando ultrapassada a questão básica da existência da possibilidade de tratamento no âmbito do sistema legal, a aceitação da medida pelo infrator da lei que é dependente de substâncias, a liberdade de opção pelo tratamento com níveis de coerção aceitáveis e a presença de tratamento humano efetivo constituem-se, assim, como condições para obviar parte significativa das objeções éticas.

## 3. Sobre a eficácia dos tratamentos coercivos

Sobre a eficácia dos tratamentos coercivos há uma abundante literatura internacional. Hall (1997) revendo diversos estudos de avaliação de programas mostra: (i) uma evidência forte de diminuição do

uso de drogas e da atividade criminal dos sujeitos que permanecem em tratamento; (ii) a inexistência de diferenças importantes na resposta ao tratamento das clientelas judiciais face a outros dependentes de drogas que estão em tratamento sem qualquer coerção legal. Inciardi, McBride e Rivers (1996) defendem o sucesso dos tratamentos coercivos dos ofensores dependentes de drogas, uma vez que a investigação demonstra que os que estão sob alçada legal tendem a ficar mais tempo em tratamento do que os voluntários. Dado que há um consenso entre investigadores e clínicos que os cuidados de longo prazo e a monitorização do percurso do cliente são uma parte essencial do tratamento (cf. Leukefeld & Tims, 1988), o tratamento coercivo pode resultar tão bem (ou até melhor) do que o tratamento voluntário. Brochu (1995) e Schneberger e Brochu (2000) põem em evidência os resultados de diversos estudos norte-americanos sobre a eficácia do tratamento das toxicodependências de clientelas judiciais e constata também que o sucesso é sobretudo determinado pela perseverança dos clientes no programa terapêutico. Neste sentido, o tratamento coercivo deve ser considerado um meio efetivo de tratar dependentes de drogas e, conseqüentemente, de reduzir a probabilidade de reincidência (Inciardi & McBride, 1991).

Nos EUA há uma longa tradição de implementação de esquemas de diversão no sector da justiça criminal, particularmente de tratamento coercivo. O *Treatment Alternatives to Street Crime* (TASC), com início nos anos 70, constitui a mais antiga e sistemática ligação entre o tratamento do abuso de drogas e os Tribunais. Segundo Inciardi, McBride e Rivers (1996), os “clientes” do TASC ficam mais tempo em tratamento e o resultado desses tratamentos é, pelo menos, equivalente ao de outros dependentes em tratamento no que respeita a medidas de uso de drogas, sintomas depressivos, atividade ilegal e emprego. Com base numa primeira experiência, iniciada em 1989, em Miami, desenvolveram-se nos EUA os *Drug Courts*. Estes Tribunais especializados constituem, na atualidade, a principal intervenção do sistema de justiça criminal baseada no tratamento de criminosos com problemas de drogas. Implementando esquemas de forte supervisão diretamente dirigidos pelo Juiz, os *Drug Courts* adquiriram nos últimos anos um considerável suporte local, providenciando serviços de tratamento de longa duração para criminosos com longas histórias de abuso de drogas e de contacto com sistemas de justiça criminal, múltiplos falhanços em tratamentos prévios e altos níveis de problemas de saúde e sociais. O interesse das intervenções judiciais destinadas a promover o tratamento dos toxicodependentes é também reconhecido na Europa. Uma nota breve do OEDT (2002), sobre o equilíbrio entre as sanções e os tratamentos na União Europeia, concluiu que as sanções que envolvem uma componente terapêutica estão atualmente previstas em todos os países da União, embora destaque que a sua efetividade seja bem variável. Hough (1996), mostra que o tratamento adequado, quando facilmente acessível (implicando uma parceria entre as autoridades judiciais e de saúde), pode ser eficaz na prevenção da reincidência no crime e na toxicodependência. Os tratamentos impostos coercivamente não são menos efetivos do que os solicitados com uma base voluntária pelo que os sistemas de justiça criminal podem efetivamente remeter pessoas para tratamento e podem também servir para ajudar a manter o tratamento.

No geral, os estudos sobre as medidas de tratamento sob coerção legal mostram efetivamente uma diminuição do uso de drogas e criminalidade nos indivíduos em tratamento. Os mais sistemáticos programas, os *Drug Courts* (cerca de 2000 nos EUA), têm sido intensamente analisados e contam-se já pelo menos 6 meta-análises (AOS, MILLER, & DRAKE, 2006; DOWNEY & ROMAN, 2010; LATIMER, MORTON-BOURGON, & CHRETIEN, 2006; LOWENKAMP, HOLSINGER, & LATESSA, 2005; SHAFER, 2010; WILSON, MITCHELL, & MACKENZIE, 2006), que sintetizam dezenas de estudos e mostram uma diminuição de 8 a 26% da reincidência criminal (cf. MARLOWE *et al.*, 2012). Uma recente revisão situa a diminuição da reincidência criminal em 12% para adultos e 8% para jovens (MITCHELL, WILSON, EGGER & MACKENZIE, 2012), e inclui tempos de *follow-up* consideráveis que evidenciam que os benefícios tendem a perdurar no tempo. Os resultados da

meta-análise de HOLLOWAY, BENNETT e FARRINGTON's (2006), menos centrados na realidade estadunidense, calculam a redução na reofensa criminal em 29 a 36%. Mesmo nas prisões o tratamento é também avaliado como efetivo na prevenção da reincidência criminal. A meta-análise de MITCHELL, WILSON e MACKENZIE (2012) sobre a eficácia dos programas de tratamento em contexto prisional (88% dos quais nos EUA), mostra um efeito positivo associado a uma média de 17% de redução da reincidência criminal nos grupos experimentais.

Em resumo, o tratamento coercivo, quando avaliado cientificamente, mostra resultados de eficácia moderada em contextos comunitários e prisionais. Tratar os dependentes de drogas nos diversos contactos com o sistema de justiça resulta em ganhos relevantes na prevenção da reincidência criminal.

#### 4. Conclusão

O tratamento coercivo, quando admitido na lei como uma possibilidade de resposta do sistema legal às infracções por uso de drogas, tráfico praticado por consumidor ou por outros crimes, necessita de ser aceite pelo dependente de substâncias, ser administrado de forma humana, preferencialmente na comunidade e ter resultados de eficácia terapêutica e de prevenção da reincidência criminal semelhantes aos que a literatura científica internacional sinaliza como viáveis. A internação compulsória tal como tem vindo a ser apresentada no Brasil não obedece a nenhum desses critérios.

#### Referências bibliográficas

- AGRA, C. (1997). A Experiência Portuguesa: Programa de Estudos e Resultados. In: AGRA, C. (Dir.). *Droga e crime: estudos interdisciplinares*. Lisboa: Gabinete Coordenador do Combate à Droga. v. 1.
- ALBRECHT, H. (1999). Les Recherches Sur les Drogues en Europe. In: FAUGERON, C. (Ed.). *Les drogues en France*. Politiques, Marchés, Usages. Genève: Ed. Georg.
- AOS, S.; MILLER, M. & DRAKE, E. (2006). *Evidence-based public policy options to reduce future prison construction, criminal justice costs, and crime rates*. Olympia: Washington State Institute for Public Policy.
- BENNETT, T.; HOLLOWAY, K. & FARRINGTON, D. (2008). The Statistical Association Between Drug Misuse and Crime: A Meta-analysis. *Aggression & Violent Behavior*, 13, 107-118.
- BISIOU, Y. (1996). L'Évolution du Contrôle de L'Usage de Stupéfiants en France. In: CESONI, M. (Ed.). *Usage de Stupéfiants: Politiques Européennes*. Genève: Ed. Georg.
- BRIGHT, D. & MARTIRE, K. (2012). Does Coerced Treatment of Substance-Using Offenders Lead to Improvements in Substance Use and Recidivism? *A Review of the Treatment Efficacy Literature*. *Australian Psychologist*, 48, 69-81.
- BROCHU, S. (1995). *Drogue & criminalité*. Une relation complexe. Montréal: Presses de L'Université de Montréal.
- CABALLERO, F. & BISIOU, Y. (2000). *Droit de la drogue*. 2. ed. Paris: Dalloz.
- CESONI, M. (1995). Health or Public Order? The problem of Objectives in National Drug Legislation. In: ESTIEVENART, G. (ed.). *Policies and Strategies to Combat Drugs in Europe*. Dordrecht-Boston-London: Martinus Nijhoff.
- DOWNEY, P. M. & ROMAN, J. K. (2010). *A Bayesian meta-analysis of drug court cost-effectiveness*. Washington, DC: Urban Institute.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (1998). Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas. In: Presidência da República (Org.). *Droga: situação e novas estratégias*. Lisboa: INCM.
- GOLDSTEIN, P. (1985). The drugs/violence nexus: a tripartite conceptual framework. *Journal of Drug Issues*, 39, 143-174.
- HALL, W. (1997). The Role of Legal Coercion in the Treatment of Offenders with Alcohol and Heroin Problems. *NDARC Technical Report* n. 44.
- HOLLOWAY, K.; BENNETT, T. & FARRINGTON, D. (2006). *The Effectiveness of Drug Treatment Programmes in Reducing Criminal Behaviour: a Meta-analysis*. *Psychothema*, 18 (3), 620-629.
- HOUGH, M. (1996). *Drugs Misuse and the Criminal Justice System: a Review of the Literature*. *DPI Paper 15*. London: Home Office. (versão electrónica em URL. Disponível em: <<http://www.drugs.gov.uk/ReportsandPublications/DPIResearch/1033751402/1033751431.pdf>>).

- INCIARDI, J. & MCBRIDE, D. (1991). *Treatment Alternatives to Street Crime: History, Experiences and Issues*. Rockville, Maryland: NIDA.
- INCIARDI, J.; MCBRIDE, D. & RIVERS, J. (1996). *Drug Control and the Courts*. Drugs, Health and Social Policy Series, Vol. 3. Thousand Oaks, London, New Delhi: Sage Publications.
- LATIMER, J.; MORTON-BOURGON, K. & CHRETIEN, J. (2006). *A meta-analytic Examination of Drug Treatment Courts: Do they Reduce Recidivism?* Ottawa: Canada Department of Justice, Research & Statistics Division.
- LEMONS, C. (2014). Internações forçadas: entre o cachimbo e a grade. In: LEMOS, C. et al.. (Eds.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM.
- LEUKEFELD, C. & TIMS, F. (1988). *Compulsory Treatment of Drug Abuse: Research and Clinical Practice*. Rockville, Maryland: NIDA Monograph n.º 86.
- LOWENKAMP, C.; HOLSINGER, A. & LATESSA, E. (2005). Are Drug Courts Effective? A Meta-analytic Review. *Journal of Community Corrections*, 15, 5-28.
- MARLOWE, D.; FESTINGER, D.; DUBOSH, C.; BENASUTTI, K.; FOX, G. & CROFT, J. (2012). Adaptive Programming Improves Outcomes in Drug Court: An Experimental Trial. *Criminal Justice and Behavior*, 29, 514-532.
- MITCHELL, O.; WILSON, D. & MACKENZIE, D. (2012). *The effectiveness of incarceration-based treatment on criminal behavior: A systematic review*, Campbell Systematic Reviews.
- MITCHELL, O.; Wilson, D.; EGGERS, A. & MACKENZIE, D. (2012). Assessing the Effectiveness of Drug Courts on Recidivism: A Meta-analytic Review of Traditional and Non-traditional Drug Courts. *Journal of Criminal Justice*, 40, 60-71.
- OEDT (2002). *Os Consumidores de Drogas e a Legislação na EU*. Equilíbrio entre as Sanções e o Tratamento. As Drogas em Destaque, Nota 2. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades europeias.
- QUINTAS, J. (2006). *Regulação legal do consumo de drogas: impactos da experiência portuguesa da descriminalização*. Tese de Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
- \_\_\_\_\_ (2011). *Regulação legal do consumo de drogas: impactos da experiência portuguesa da descriminalização*. Porto: Fronteira do Caos.
- \_\_\_\_\_ & Agra, C. (2010). L'Impact de la Loi Portugaise de Décriminalisation de L'Usage de Drogues. In: CESONI, M. L. & DEVRESSE, M. S. (eds.). *La Détection de Stupéfiants entre Criminalisation et Décriminalisation*. *Res Socialis*, v. 37. Fribourg: Academic Press Fribourg.
- SCHNEEBERGER, P. & BROCHU, S. (2000). *Le Traitement de la Toxicomanie comme Alternative à l'Incarcération: Un Sentier Rocailleux*. *Criminologie*, 33(2), 129-149.
- SEDDON, T. (2007). Coerced Drug Treatment in the Criminal Justice System: Conceptual, Ethical and Criminological Issues. *Criminology and Criminal Justice*, 7(3), 269-286.
- SHAFFER, D. K. (2010). Looking inside the black box of drug courts: A meta-analytic review. *Justice Quarterly*, 28, 493-521.
- SPOONER, C.; Hall, W. & Mattick, R. (2001). An overview of diversion strategies for Australian drug-related offenders. *Drug and Alcohol Review*, 20, 281-294.
- SZASZ, T. (2003). Taking Drug Laws Seriously. *Ideas on Liberty*, 53, 28-29.
- WILSON, D.; MITCHELL, O. & MACKENZIE, D. (2006). A systematic review of drug court effects on recidivism. *Journal of Experimental Criminology*, 2, 459-487.

#### Nota:

- (1) BENNETT, HOLLOWAY & FARRINGTON (2008), alertando para a complexidade da relação entre droga e crime, conferem que a probabilidade geral de um usuário de drogas cometer um crime é superior a um não usuário (em 30 estudos a odds da prática de crimes é calculada entre 2.8 a 3.8 vezes superior nos usuários de drogas face aos não usuários, embora essa chance seja altamente dependente da substância utilizada). No geral, há uma correlação entre uso de (algumas) drogas e (alguns) crimes, e diversos modelos de explicação dessa relação que se estendem desde modelos causais (GOLDSTEIN, 1985, com a célebre distinção entre psicofarmacológico, económico-compulsivo e "sistémico") a modelos processuais mais complexos (e.g. BROCHU, 1995; AGRA, 1997)

Jorge Quintas

Professor auxiliar na escola de Criminologia da  
Faculdade de Direito da Universidade do Porto e  
Doutor em Criminologia pela mesma universidade.

# O princípio do acusatório e a Justiça Desportiva (o caso do futebol profissional)

Cláudia Cruz Santos

## 1. Enquadramento do problema

O actual Regulamento Disciplinar das Competições Organizadas pela Liga Portuguesa de Futebol Profissional – daqui em diante apenas Regulamento Disciplinar – consagra a novidade da transposição, para este direito sancionatório, do princípio do acusatório que constitui verdadeira trave-mestra do direito processual penal português e que tem acolhimento constitucional.

Com efeito, dispõe-se logo na primeira alínea do artigo 13.º daquele Regulamento Disciplinar, sob a epígrafe “Princípios fundamentais do procedimento disciplinar”, que “O procedimento disciplinar regulado no presente Regulamento obedece aos seguintes princípios fundamentais: a. Separação e independência entre o desempenho das funções disciplinares instrutórias e o desempenho das funções disciplinares decisórias”.

No n. 1 do art. 205.º do mesmo Regulamento Disciplinar acrescenta-se que “o procedimento disciplinar regulado pelo presente Regulamento obedece a uma rigorosa separação e independência entre o exercício de funções disciplinares decisórias e o exercício de funções disciplinares instrutórias, sem prejuízo do que é estabelecido para o processo sumário”.

No n. 2 deste artigo esboça-se uma definição de “funções disciplinares instrutórias” como aquelas que “compreendem em geral a prossecução da acção disciplinar, incluindo nomeadamente a instauração do procedimento disciplinar e a promoção dos seus termos, a investigação e averiguação dos factos dele objecto, a dedução de acusação e a sua sustentação no âmbito do processo disciplinar”.

O exercício destas funções disciplinares instrutórias é atribuído pelo art. 207.º do Regulamento Disciplinar à Comissão de Instrução e Inquéritos: “para efeitos do presente Regulamento, o órgão de promoção e iniciativa disciplinar é a Comissão de Instrução e Inquéritos das Competições Profissionais de Futebol”.

A interrogação que preside a esta reflexão muito breve é a seguinte: justificar-se-á a “importação” para a justiça disciplinar atinente às competições profissionais de futebol do princípio do acusatório que é elemento caracterizador do nosso sistema processual penal?

Na procura de um sentido de resposta para esta interrogação dever-se-á, em primeiro lugar, recordar as razões que tornam inquestionável, na justiça penal, este princípio do acusatório. Num segundo momento, ter-se-á que inquirir se na justiça disciplinar desportiva respeitante ao futebol profissional existem – ou não – razões que também imponham o respeito por este princípio.

## 2. O princípio do acusatório no Direito Processual Penal

Na justiça penal e numa primeira e mais simples aproximação, o princípio do acusatório significa uma separação de funções entre quem investiga e acusa, por um lado, e quem julga, por outro lado. No Direito Processual Penal português é comum afirmar-se que *não só respeitamos o princípio da acusação como vamos mais longe*, garantindo a chamada *máxima acusatoriedade*: o princípio do acusatório basta-se-ia com a cisão entre a entidade que investiga e acusa e aquela outra que julga, o que seria pensável dentro da mesma estrutura organizacional; todavia, entre nós, atribui-se cada uma das funções a duas autoridades judiciais autónomas (os magistrados do MP investigam e acusam, os magistrados judiciais julgam).

No n. 5 do art. 32.º da Constituição da República Portuguesa

dispõe-se que “o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”. Esta opção por uma estrutura acusatória, ainda que integrada por um princípio da investigação, é a modernamente feita em todos os países do nosso contexto cultural. Ela contrapõe-se a uma estrutura inquisitória, em regra associada a sistemas não democráticos e menos orientados para o respeito pelos direitos fundamentais das pessoas.

De forma muito simples, poder-se-ia perguntar por que atribui o legislador contemporâneo uma importância tão grande à garantia do acusatório. Julga-se que as razões são várias e cumulativas, mas que se podem condensar sobretudo em dois aspectos principais: (i) assegurar que a condenação surja na sequência da decisão de mais do que uma entidade (ou seja, impedir que uma possível decisão condenatória dependa apenas de uma entidade); (ii) garantir a independência da entidade que decide face ao entendimento de quem acusa e limitar o objecto do processo, *daquilo que pode ser conhecido pelo tribunal*, pela acusação feita por uma autoridade diferente. Por outro lado, só este princípio do acusatório permite a realização de uma *verdadeira audiência de julgamento*, na qual se produz a prova perante decisores não comprometidos com a posição da acusação nem com a posição da defesa. Garante-se, consequencialmente, a imediação da prova face ao decisor, com todas as vantagens que daí decorrem para a descoberta da verdade e para a realização da justiça.

No âmbito penal, o princípio do acusatório é pacificamente aceite pela doutrina e é também frequentemente reafirmado pela jurisprudência. A título de exemplo, pode ler-se em Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra que o princípio do acusatório “consagrado na Constituição (...) tem como implicação directa que ninguém pode ser julgado por um crime sem precedência de acusação por esse crime, deduzida por órgão distinto do julgador, sendo a acusação condição e limite do julgamento. Só assim ficam satisfeitas as garantias de defesa que este preceito constitucional consagra” (Recurso Penal n. 492/07TAMGR-A.C1).

## 3. O princípio do acusatório na justiça disciplinar atinente às competições profissionais de futebol

Se o princípio do acusatório é, como sucintamente se referiu, hoje inquestionável em todos os sistemas processuais penais do nosso contexto civilizacional, o que se tem de inquirir é se o mesmo também se justifica – e, mais do que isso, se se *impõe* – na justiça disciplinar relativa ao futebol profissional.

A um primeiro olhar, poder-se-ia julgar que não. Tendo o direito que aí se aplica natureza essencialmente administrativa e não penal, e

só o princípio do acusatório permite a realização de uma verdadeira audiência de julgamento, na qual se produz a prova perante decisores não comprometidos com a posição da acusação nem com a posição da defesa

sendo a decisão disciplinar susceptível de impugnação para os tribunais administrativos, admitir-se-ia o entendimento de que no seio da mesma entidade se poderia investigar, acusar e decidir, porque esta decisão ficaria sempre dependente do controlo de uma outra entidade que é o tribunal.

Esta é, porém, uma conclusão que parece ter mais do formal do que de substancial e, sobretudo, que desconhece a especificidade dos valores e da conflitualidade inerentes às competições profissionais de futebol.

São várias as razões que se julga que convergem na conclusão da indispensabilidade do respeito pelo princípio do acusatório na justiça disciplinar do futebol profissional:

a) O futebol é um subsistema social de enorme importância para a gratificação física e psíquica de um número muito significativo de cidadãos. Ou seja: a existência de lealdade e de verdade nas competições profissionais de futebol interessa à pessoa individual, à comunidade e ao Estado. Não se concorda com a opinião manifestada por **Rudyard Kipling**, em 1880, muito crítica em relação às “*almas pequenas que podem ser saciadas pelos idiotas enlameados que jogam*”. Pelo contrário, acompanha-se **Manuel da Costa Andrade** na sua opinião de que “*na vida desencantada e secularizada das nossas sociedades o desporto veio polarizar encantamentos*”. Em síntese: pela importância que tem nas nossas sociedades e pela relevância patrimonial que assumiu, a verdade nas competições profissionais de futebol tornou-se um valor importante e digno de uma protecção séria.

b) Existe na justiça disciplinar do futebol profissional um factor que em muito a distingue dos outros sistemas sancionatórios não penais (como o direito das contra-ordenações): apesar de ser possível a impugnação judicial, ela é de algum modo “desaconselhada”, procurando-se restringir as questões estritamente desportivas à apreciação da justiça desportiva. Assim, dispõe-se no n. 1 do art. 82.º do actual Regulamento Disciplinar das Competições Profissionais de Futebol, sob a epígrafe “Recurso aos tribunais estaduais”, que “*o clube que submeta aos tribunais estaduais a impugnação de decisões ou deliberações de órgãos da estrutura desportiva que, nos termos da lei, sejam contenciosamente inimpugnáveis, seja por incidirem sobre questão estritamente desportiva, seja por não serem ainda decisões definitivas na ordem jurídica desportiva, será punido com sanção de descida de divisão*”. Ora, se há casos em que a única resposta é a resposta da justiça disciplinar desportiva, não se pode admitir que nesta exista uma única entidade que investiga, acusa e julga. A autonomia e a suficiência da justiça disciplinar desportiva exigem, assim, a separação entre quem acusa e quem julga, para se garantir um controlo das decisões por entidade diversa daquela que as toma.

c) A afirmação do acusatório enquanto garantia da justiça penal está relacionada com o particular desvalor associado às sanções penais. De forma simplificada, pode dizer-se que a ideia é esta: se a pena aplicável é severa, têm de se respeitar todas as garantias para a protecção dos direitos fundamentais. As penas de prisão e de multa são, com efeito, sanções graves que impõem todas as cautelas. Todavia, as sanções admitidas no Regulamento Disciplinar das Competições Profissionais de Futebol comportam, em vários casos, também um elevado desvalor: no que respeita às sanções aplicáveis aos clubes, considerem-se os exemplos da

perda do título, da desclassificação, da descida de divisão ou da exclusão das competições profissionais (art. 30.º do Regulamento Disciplinar). No que respeita aos árbitros, árbitros assistentes, observadores de árbitros e delegados da Liga, admite-se a exclusão das competições profissionais (art. 31.º do Regulamento Disciplinar). Para os demais agentes desportivos (como os jogadores), admitem-se a repreensão, a multa e a suspensão (art. 32.º do Regulamento Disciplinar). Se ponderarmos com atenção o efeito que as mais graves destas sanções podem ter nos agentes desportivos, compreendemos o seu potencial de desvalor: através delas podem acabar carreiras promissoras e podem causar-se prejuízos patrimoniais elevadíssimos. Talvez as sanções penais como a multa ou a prisão de curta duração sejam, pelo menos em algumas circunstâncias, menos graves. Ora, quando assim se pensa, é inevitável concluir-se que as principais garantias penais, como o respeito pelo acusatório, devem transpor-se para a justiça disciplinar do futebol profissional.

d) O último argumento “forte” que sustenta a indispensabilidade, neste domínio, do princípio do acusatório relaciona-se com razões de “sociologia judiciária”. O futebol profissional é um subsistema social polarizado por interesses muito conflituantes, associados a grupos de poder económico e social, que podem tentar condicionar as decisões da justiça disciplinar desportiva pelas mais variadas formas. A pluralidade dos órgãos disciplinares é, nessa medida, indispensável para se evitar a hegemonia de certos interesses, para se garantir a transparência e a possibilidade de controlo das decisões. Dito de uma forma que se pretende simples: em sectores em que a luta pelo poder e pela influência é mais intensa, mais prementes se tornam a divisão e a partilha, por vários órgãos, do poder instrutório e decisório.

#### 4. Considerações finais

Aquilo que de mais extraordinário há no futebol – o impacto que tem na vida de tantas pessoas e as paixões que suscita – constitui, paradoxalmente, o maior perigo para a justiça disciplinar desportiva. Quase todos nos interessamos pelo futebol: **Shakespeare** referiu-o em obras como a *Comédia dos erros*, **Leonardo da Vinci** era um adepto fervoroso, **Maquiavel** era jogador e conta-se que Papas como Clemente VII, Leão IX ou Urbano VIII arregaçavam as batinas, nos jardins do Vaticano, para praticarem o *calcio*. Mas o interesse que o futebol desperta confunde-se, com frequência, com irracionalidade ou com perda de imparcialidade. Como também refere **Eduardo Galeano**, um adepto raramente diz “a minha equipa joga hoje”. Diz sempre “nós jogamos hoje”.

Quando temos consciência desta realidade e desejamos uma justiça desportiva que seja transparente e justa, não nos resta alternativa ao respeito pelo princípio do acusatório e à consequente partilha dos poderes instrutório e decisório.

**Cláudia Cruz Santos**

Professora da Faculdade de Direito de Coimbra.  
Presidente da Comissão de Instrução e Inquéritos das  
Competições Profissionais de Futebol (Portugal).

#### DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes  
1.ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa  
2.ª Vice-Presidente: Cristiano Ávila Maronna  
1.ª Secretária: Heloisa Estellita  
2.ª Secretária: Pedro Luiz Bueno de Andrade  
1.º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob  
2.º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi  
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif

#### CONSELHO CONSULTIVO

Ana Lúcia Menezes Vieira  
Ana Sofia Schmidt de Oliveira  
Diogo Rudge Malan  
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró  
Marta Saad

#### OUIDOR

Paulo Sérgio de Oliveira

# O princípio da insignificância e os critérios jurisprudenciais de sua aplicação

Ângelo Roberto Ilha da Silva, Ana Carolina Carvalho de Melo e Luíza dos Passos Ferreira

É consabido que a Ciência do Direito tem por incumbência, consoante leciona Tercio Sampaio Ferraz Jr.,<sup>(1)</sup> “sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente”.

No cumprimento de tal mister, assume relevo o estabelecimento de critérios para a compreensão e a operacionalização de institutos dedutíveis do sistema jurídico e, notadamente, da Constituição.

O princípio da insignificância, proposto por **Claus Roxin**,<sup>(2)</sup> em 1964, que permite afastar a incidência das malhas do direito penal lesões ínfimas ou de pouca importância, é, por certo, carecedor de critérios, gerando não poucas dúvidas no momento de sua aplicação/interpretação.

Impende salientar que o aludido princípio, muito embora tenha sido proposto por **Roxin**, surge na esteira da evolução doutrinária do tipo penal constituindo, por assim dizer, produto de uma concepção de tipicidade material, deflagrada pelo neokantismo.

A nosso ver, a assunção do neokantismo nada mais é do que um aperfeiçoamento do clássico sistema causal-naturalista, e não propriamente um *outro* sistema, porquanto não se distanciava da concepção naturalista, mas a ela agregava aportes axiológicos.

Essa também é a opinião de **Juarez Tavares**,<sup>(3)</sup> para quem “sob a influência na teoria do delito do movimento neokantista o qual, embora não tenha alterado sistematicamente a estrutura de delito proposta por *Beling*, lançou as bases para sua transformação”. Refere ainda o penalista<sup>(4)</sup> que dentro do âmbito do que denomina *sistemas causais modernos* insere-se a *teoria teleológica do delito*, a qual, consoante defende, “está intimamente ligada à teoria do conhecimento da filosofia do neokantismo, que revigora, ao lado do método empírico-formal das ciências naturais, o método da significação e valoração das ciências hermenêuticas”. E por fim conclui:<sup>(5)</sup> “O sistema teleológico não implicou, finalmente, alteração radical da concepção de *Liszt-Beling*”.

E nesse contexto, portanto, surge a concepção da tipicidade material, segundo a qual, consoante se observa em **Edmund Mezger**,<sup>(6)</sup> o “tipo é ele próprio portador da desvalorização jurídico-penal que o injusto supõe”.

Resulta que, em evidente avanço, a punição de uma conduta não está subordinada a *mera subsunção* do comportamento em um tipo em sentido apenas formal, senão também material. Produz-se, assim, uma

Se, por um lado, a adoção do princípio da insignificância encontra-se praticamente pacificada, por outro, os critérios que possam dar conta a soluções no âmbito de sua aplicação prática, ainda revelam-se um desafio

limitação do tipo formal, o qual é corrigido pelo tipo material, conferindo um suposto de legitimidade.

De modo geral, a contribuição do neokantismo, formulando a ideia de tipicidade material teve ressonância em outros sistemas. Tanto é assim que, ao conceber o princípio da insignificância, **Roxin**<sup>(7)</sup> o fez fundamentado na ideia de tipicidade material. Entre nós, **Carlos Vico Mañas**,<sup>(8)</sup> em obra precursora, leciona que o princípio da insignificância “pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundada na concepção material do tipo penal (...)”.

Hoje, no cenário brasileiro, após um período inicial de relutância e ulterior e gradual afirmação, o princípio da insignificância, encontra-se praticamente sem opositores. Se, por um lado, a adoção do princípio encontra-se praticamente pacificada, por outro, os critérios que possam dar conta a soluções no âmbito de sua aplicação prática, ainda revelam-se como um desafio. Em atenção a essa carência de critérios, o Supremo Tribunal Federal, em julgado que remonta ao ano de 2004 (*HC 84.412/SP*, 2.<sup>a</sup> T., rel. Min. Celso de Mello, v.u., j. 19.10.2004), tentou estabelecer os contornos de modo a delimitar quando um fato típico (formalmente) penal seria insignificante, determinando sua atipicidade material, estabelecendo que, para o reconhecimento da insignificância ou bagatela, necessários seriam os seguintes requisitos: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Examinando-se os referidos critérios estabelecidos pela Corte Suprema, não se vislumbra uma clareza delimitativa propiciadora de soluções a casos concretos relativos à aplicação do princípio da insignificância. Passemos à análise de ditos critérios.

Em primeiro lugar, a expressão *mínima ofensividade da conduta do agente* é um tanto vaga. Tal afirmação para indicar o que seja insignificância ou bagatela não resulta em qualquer indicativo prático, de modo a orientar o aplicador da lei. Tarefa de real relevância seria estabelecer-se, isso sim, em que consiste a aludida mínima ofensividade.

O segundo requisito, designado *nenhuma periculosidade social da ação*, também se ressentir de melhores indicativos, aproximando-se de concepções ao estilo soviético, em que os enunciados de conteúdo vago assumiam prestígio. Senão vejamos o art. 6.<sup>º</sup> do Código Penal russo de 1926, consoante nos socorre o saudoso professor **Luiz Luisi**:<sup>(9)</sup> “não se considerará como delito o fato que, reunindo algumas das características de um artigo da parte especial do presente código, careça de perigosidade social, por sua manifesta insignificância e por ausência de consequências nocivas”. Como se vê, a redação padece de uma enunciação delimitativa.

O terceiro requisito diz respeito, desde a contribuição de **Alexander Graf zu Dohna**<sup>(10)</sup> e **Hans Welzel**, ao juízo de valoração (culpabilidade), e não ao objeto de valoração (injusto), motivo por que se revela como uma espécie de corpo estranho no que tange ao estabelecimento de um critério válido.

Por fim, o quarto e último requisito é, ao fim e ao cabo, uma repetição do primeiro, mas com outras palavras.

O certo é que, não obstante a louvável iniciativa do STF em buscar estabelecer critérios que pudessem delinear parâmetros para a aferição da insignificância/bagatela, fato é que não logrou alcançar tal intento. Definitivamente, não vemos de que forma, com base nos aludidos critérios, poderá distinguir-se o valor insignificante em um caso de furto no valor de R\$ 50,00 diferentemente de outro na monta de R\$ 100,00. No fundo, o juiz irá decidir com base em suas valorações substancialmente subjetivas e ditos critérios poderiam ser utilizados tão somente como uma espécie de *slogan*.

Não obstante as dificuldades ora apontadas, hoje há alguns trabalhos que buscam fornecer uma contribuição em muitos pontos sobre o tema. O espaço aqui restrito nos impede a proceder a uma análise mais detida, de modo que uma abordagem de maior fôlego, com sugestões de critérios a contribuir para a aplicação do princípio, é o nosso objetivo em uma próxima publicação.

### Referências

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- LUISI, Luiz. Um direito penal do inimigo: o direito penal soviético In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Nueva edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Comparado, 1955, t. I.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Os crimes de perigo abstrato e a Constituição. *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Teorias do delito*. São Paulo: RT, 1980.

### Notas:

- (1) FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 57.
- (2) ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972, p. 53.
- (3) TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 137.
- (4) TAVARES, Juarez. *Teorias do delito*. São Paulo: RT, 1980, p. 41.
- (5) *Idem*, *ibidem*, p. 46.
- (6) MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. Nueva edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Comparado, 1955, t. I, p. 366.
- (7) ROXIN, Claus. *Política criminal... cit.*, p. 53.
- (8) MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81.
- (9) LUISI, Luiz. Um direito penal do inimigo: o direito penal soviético In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 117.
- (10) Nesse sentido: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Os crimes de perigo abstrato e a Constituição. *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 76-77.

Ângelo Roberto Ilha da Silva

Doutor pela Faculdade de Direito da USP.

Professor do Departamento de Ciências Penais da UFRGS.

Procurador Regional da República na 4.<sup>a</sup> Região.

Ana Carolina Carvalho de Melo

Estudante de Direito da UFRGS.

Luíza dos Passos Ferreira

Estudante de Direito da UFRGS.

# A proeminência da política criminal no âmbito da ciência conjunta do Direito Penal

Carlo Velho Masi

Ao contrário do que propunha **Von Liszt** no final do século XIX, o Direito Penal já não é mais “a barreira intransponível da Política Criminal”.<sup>(1)</sup> Política Criminal não se restringe mais apenas ao conjunto de princípios pelos quais o Estado conduz a luta contra o crime. A histórica tensão entre as disciplinas encontra-se teoricamente superada, tendo a Política Criminal adquirido um espaço de atuação muito mais abrangente e menos limitado do que o do Direito Penal.<sup>(2)</sup>

**Figueiredo Dias** nos alerta, porém, que aquela visão clássica ainda possui um conteúdo parcialmente justificável: “o de que, em um Estado de Direito, o princípio da legalidade constitui a fronteira inultrapassável da punibilidade (e, com isto, também a fronteira de todo o fenômeno criminal)”.<sup>(3)</sup>

Sendo assim, a Dogmática permanece limitando juridicamente o poder estatal, como um espaço no qual se defende a liberdade individual contra os interesses da coletividade (Código Penal como a “*magna carta do criminoso*”), isto é, a lei penal segue preestabelecendo garantias que limitam os interesses estatais. Contudo, a Dogmática deixou de ser a única fonte apta a fornecer as diretrizes para a aplicação do Direito Penal, como acreditavam os positivistas.

Ao longo do tempo, verificou-se que a complexa tarefa social de controle do crime não podia simplesmente esgotar-se numa ciência puramente jurídica, normativa e dogmática. Tornava-se indispensável a utilização dos conhecimentos advindos de uma ampla gama de disciplinas que compõem as chamadas “*ciências criminais*”.

Com esta conscientização, hoje sabemos que, para tratar seriamente do Direito Penal contemporâneo e seu desenvolvimento é preciso ter em mente que não se está transitando em um sistema fechado, mas sim lidando com uma disciplina que necessariamente sofre salutares influências valorativas e depende de outros ramos do conhecimento.

Pois bem. A noção de “Ciência Conjunta do Direito Penal” (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*) surgiu como uma forma de congregar três ciências que até então se pensava serem relativamente autônomas: a *Ciência Estrita do Direito Penal* (Dogmática Jurídico-penal ou simplesmente Direito Penal normativo), concebida como o conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico-penal e devem ser explicitados dogmática e sistematicamente; a *Criminologia*, como ciência das causas do crime e da criminalidade; e a *Política Criminal*, como conjunto sistemático dos princípios fundados na investigação

científica das causas do crime e dos efeitos da pena, segundo os quais o Estado deve levar a cabo a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas. Todas elas passaram a ser igualmente relevantes para a tarefa de aplicação do Direito Penal e para a tarefa sociopolítica de controle do fenômeno criminal.<sup>(4)</sup>

**Von Liszt** atribuía à Política Criminal a incumbência de fornecer um critério para a apreciação do valor do Direito que vigora, e revelar o Direito que deve vigorar. A Política Criminal era, assim, um mero fator de legitimação externa do sistema, da qual a Dogmática não se poderia ocupar para o seu desenvolvimento. Cabia-lhe, na concepção *clássica*, “ensinar” ao operador como entender o Direito à luz de considerações tiradas dos fins a que ele se dirige e a aplicá-lo em casos singulares, de conformidade com esses fins.<sup>(5)</sup> Em outros termos, a importância da Política Criminal estava limitada tão somente às alterações legislativas que deveriam ocorrer num dado sistema jurídico.

No contexto do Estado de Direito formal (liberal individualista) e do Positivismo Jurídico, cabia ao Direito Penal a função primária de assinalar o objeto preciso da Política Criminal, por ser a única competente para a explicitação das normas jurídico-penais no seu encadeamento interno (sistematicamente). Restava a esta última uma função de, baseada nos conhecimentos da análise da realidade criminal, naturalística e empírica (saber criminológico), dirigir ao legislador recomendações e propor-lhe diretivas em temas de reforma penal. Deste ponto de vista, a Política Criminal e a Criminologia não eram outra coisa que meras “ciências auxiliares” do Direito Penal.

Com desenvolvimento do Estado Social de Direito (um Estado que atenuou as exigências de legalidade formal em favor da promoção e da realização de condições de desenvolvimento harmônico e equilibrado do sistema social), fala-se no “*divórcio da ciência social e da ciência jurídica, à custa desta última*”.<sup>(6)</sup> A Política Criminal ganha independência em face do Direito Penal e de sua Dogmática. Cada uma das disciplinas integrantes da “Ciência Conjunta do Direito Penal” é ligada diretamente ao sistema social, esgotando-se sua função integradora. Política Criminal e Criminologia não apenas ganham autonomia em face do Direito Penal, mas verdadeiramente “*lhes voltam as costas*”.<sup>(7)</sup>

No Estado Material de Direito contemporâneo, marcado por um sistema jurídico-penal teleológico-funcional racional, a preocupação primeira é com a consistência dos direitos, das liberdades e das garantias da pessoa e com o desenvolvimento mais livre possível da personalidade ética de cada um. A radical mudança de paradigma transforma profundamente a função e a tarefa da Dogmática. O jurista deixa de ser considerado um simples fazedor de silogismos, que se limita a deduzir do texto da lei as soluções dos problemas jurídicos concretos da vida, para se tornar alguém sobre quem recai a indeclinável responsabilidade de procurar e encontrar a solução mais justa para cada um daqueles problemas.<sup>(8)</sup> Assim, na linha do funcionalismo empírico de **Roxin**, melhor é a decisão adequada (justa) ao caso concreto do que a juridicamente perfeita.<sup>(9)</sup>

Foi precisamente o alargamento da função da Dogmática Jurídico-penal que permitiu à Política Criminal não somente reforçar a sua posição, já adquirida, de autonomia, mas ganhar uma posição de domínio e mesmo de transcendência face ao próprio Direito Penal.<sup>(10)</sup>

Política Criminal, Dogmática Jurídico-penal e Criminologia passaram a conviver, então, do ponto de vista científico, como três âmbitos autônomos, com princípios e planos de valoração distintos,<sup>(11)</sup> ligados, porém, em vista do integral processo da realização do Direito Penal, em uma unidade teleológico-funcional. A relação entre elas passa a ser de interdependência, mas com autonomia de métodos, objetos e fins.<sup>(12)</sup>

Enquanto a Política Criminal busca indicar, a partir de sua função de orientação do sistema jurídico-criminal na prevenção e repressão da criminalidade, os caminhos a serem seguidos pelo legislador na construção de um catálogo de condutas proibidas, conduzindo

a um aprimoramento (ou mesmo criação) do Direito punitivo; a Criminologia, por seu turno, teria por missão indicar quando (e se) o recurso punitivo se apresenta como o meio mais adequado para a solução do conflito, denunciando, também, quando a missão do Direito Penal se apresenta como simplesmente simbólica, sem qualquer força real de solução, ou mesmo com efeitos perversos ou criminológicos. A Dogmática jurídico-penal, neste contexto, tem sua função atrelada à aplicação do Direito Penal aos casos concretos, encontrando, pois, na Criminologia e na Política Criminal os seus limites.

É possível afirmar, portanto, que vivemos um período de particular proeminência da Política Criminal no âmbito da “Ciência Conjunta do Direito Penal”. Na prática, isso significa atribuir aos agentes políticos do Estado o poder de definir o que é o Direito Penal de acordo com os seus projetos (que teoricamente deveriam visar ao interesse público). Se bem que essa influência de decisões valorativas político-criminais no sistema de Direito Penal, dentre outras críticas, poderia dar azo a uma insegurança muito grande quanto aos critérios que permitirão essa aproximação, certo é que este parece ser um movimento irreversível.

Nada obstante, tal movimento pode até mesmo ser desejável,<sup>(13)</sup> contanto que seja orientado (limitado) pelos princípios de garantia e regras que regem o Estado Democrático de Direito e pelas disposições constitucionais. Isso implica dizer que não se pode simplesmente tentar impedir que os valores sociais repercutam sobre o Direito Penal, mas antes é preciso prevenir que esses valores estejam em conformidade com o modelo de sociedade que almejamos alcançar. Um Direito Penal democrático só é possível em uma sociedade com valores verdadeiramente democráticos, em que os líderes políticos atuem a serviço da democracia.

## Notas:

- (1) “*Das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*” (VON LISZT, Franz. *La Teoria dello scopo nel Diritto Penale*. Milão: Giuffrè, 1962, p. XXI).
- (2) D’AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 71, dez.-jan. 2012, p. 44-53, especialmente p. 50.
- (3) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: RT, 2007, t. 1, p. 22.
- (4) *Idem, ibidem*, p. 19-20.
- (5) VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 3.
- (6) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 24.
- (7) *Idem, ibidem*.
- (8) *Idem*, p. 27.
- (9) ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- (10) DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 33.
- (11) COSTA, José Francisco de Faria. *Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 80.
- (12) A propósito, GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado organizado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1997, p. 26 afirmam que há uma relação de complementariedade entre todas as ciências criminais, não se justificando o estudo delas em separado.
- (13) Há quem advogue, em outra via, uma revalorização da normatividade do Direito Penal vinculada a uma aproximação da Constituição, v.g. D’AVILA, Fabio Roberto. Os limites normativos da política criminal no âmbito da ciência conjunta do direito penal. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008, v. 10, p. 485-495, especialmente p. 493 ss.

**Carlo Velho Masi**

Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.  
Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela UFRGS.  
Advogado.

# Luta por direitos: a longa mobilização pelo fim da revista vexatória no Brasil

Heidi Cerneka, Sônia Drigo e Raquel da Cruz Lima

*“Estou privada de minha liberdade há três anos.*

*O tempo que estou aqui é suficiente para poder expressar um pouco das inúmeras vezes que meus familiares foram humilhados ao serem revistados pelos agentes penitenciários. Chega a ser uma falta de respeito a maneira com que são tratados, não só os adultos como crianças. Digo isso, pois senti na pele o sofrimento, a vergonha e a indignação nos olhos cheios de lágrimas da minha filha de apenas 12 anos de idade ao me contar a forma com que ela foi tratada e revistada nesta unidade.*

*Minha mãe de 59 anos também já entrou chorando me ver, com a comida toda misturada dentro de um saco plástico simplesmente porque o tapuer não era transparente.*

*Eu não tenho muitas visitas desde que cheguei aqui”.* – (Denúncia encaminhada à Pastoral Carcerária em 06.05.2012)

A violação aos direitos humanos é a regra que caracteriza a vida dos presos nos cárceres brasileiros. Contudo, dificilmente se enxerga que a violência e a arbitrariedade, que estruturam nosso sistema penitenciário, não estão contidas nos limites impostos pelos muros das prisões, mas alcançam todos aqueles que são vistos como “associados” ao crime.

No Brasil, fazer parte da família de uma pessoa presa significa sofrer com o estigma que advém do encarceramento e também ter seu próprio corpo transformado em um objeto passível de intervenção estatal. Ser visitante exige a adequação a uma série de regras determinadas pela administração penitenciária, que englobam desde o tipo de sacola permitida para a armazenagem do “jumbo”,<sup>(1)</sup> até as peças de roupa que podem ser usadas durante a visita. Mas, sem dúvida, a mais severa dessas regras é a revista íntima pessoal, vexatória, humilhante, realizada nos familiares, companheiros e cônjuges na entrada da maioria dos estabelecimentos penais do país, sob o pretexto de impedir a entrada de produtos ilícitos e armas.

Esse procedimento é feito, geralmente, de forma coletiva. Um grupo de pessoas desconhecidas, inclusive na presença de crianças, é obrigado a desnudar-se totalmente, a fazer uma série de agachamentos sobre um espelho, a abrir a genitália com as mãos, a soltar os esfíncteres, de modo a facilitar a visualização das cavidades corporais e a manipulação dos genitais por agentes penitenciários.

Nos últimos meses, ganharam destaque algumas iniciativas nos âmbitos estadual e federal que reconhecem o caráter degradante e inconstitucional<sup>(2)</sup> desse tipo de revista pessoal e proíbem a sua realização. Merece destaque a recente aprovação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, em caráter terminativo, do Projeto de Lei 480/2013, que proíbe a revista íntima vexatória em todo o

Brasil, embora esta prática jamais tenha sido expressamente autorizada por lei.

Não se sabe ao certo quando, onde e como as primeiras revistas humilhantes foram praticadas. As organizações que trabalham diretamente com a assistência às pessoas privadas de liberdade recebem há muitos anos relatos de familiares sobre os constrangimentos sofridos, tanto físicos quanto verbais, para ingressarem nos presídios. Dar visibilidade a essas denúncias sempre foi um enorme desafio, pois não apenas existe uma profunda resistência das autoridades públicas e da sociedade para lidar com os temas ligados à garantia dos direitos das pessoas presas, como também há uma aceitação natural desses métodos truculentos de repressão à entrada de drogas, armas e aparelhos celulares nas unidades, inclusive pelos próprios agentes que os praticam.

Organizações como a Pastoral Carcerária e o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), que integram o Grupo de Estudos e Trabalho “Mulheres Encarceradas” (GET “Mulheres Encarceradas”), sempre apontaram a ilegalidade da revista vexatória e denunciaram o constrangimento imposto pelo Estado ao permitir que seus agentes inspecionassem os corpos nus dos visitantes da pessoa presa, inclusive dos bebês, crianças e adolescentes, pelo simples fato de serem parentes ou aparentados de pessoa custodiada.

Foi a partir da segunda metade da década de 1990 que essas e outras organizações que defendem os direitos e a dignidade humana das pessoas presas adotaram a estratégia de ocupar os mais diversos espaços para incluir na pauta dos congressos, seminários, encontros, audiências públicas municipais, estaduais e federais a prática da revista vexatória como uma violação de direitos humanos. Um dos primeiros resultados foi a instauração de um inquérito civil público pelo Ministério Público de São Paulo em 2004, a partir de representação oferecida pelo GET “Mulheres Encarceradas”, relativo aos constrangimentos enfrentados por crianças e adolescentes por ocasião da realização de visitas a ascendentes presos. Esse documento representa bem a violação de direitos por parte do Estado sob o manto da impunidade e em nome da garantia da segurança da unidade.<sup>(3)</sup>

Vários agentes públicos, tais como o Ministério Público de Goiás, o Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a sua Ouvidoria e a Magistratura de Santa Catarina, têm abraçado esta luta na certeza de que não podem ficar calados diante dessa situação de ilegalidade, injustiça e humilhação.

Apesar do esforço e da reiteração da prática e das denúncias, a marginalização dentro do Brasil das políticas públicas ligadas ao cárcere impulsionou o recurso à esfera internacional, como mecanismo de pressão pela proibição da revista vexatória. Parecia um caminho bastante propício para este debate, especialmente, por haver previsão em tratados internacionais de regras incompatíveis com a prática da revista íntima, como a proteção à integridade pessoal, a pessoalidade na aplicação da pena e a proibição aos tratamentos desumanos e degradantes,<sup>(4)</sup> e, também, por haver a proibição expressa desse tipo de revista em diversos países. Em relação a este segundo aspecto, ele emergiu de uma consulta realizada pela Pastoral Carcerária, a partir de 2003, junto a entidades da sociedade

No Brasil, fazer parte da família de uma pessoa presa significa sofrer com o estigma que advém do encarceramento e também ter seu próprio corpo transformado em um objeto passível de intervenção estatal

civil que militam em prol dos direitos dos presos, e que constatou que países das mais diversas partes do globo, como Estados Unidos, Rússia, Quênia e Filipinas, não sujeitavam seus nacionais aos mesmos procedimentos rotineiros de revista que ainda hoje existem no Brasil.

Normas de *soft law* celebradas no âmbito das Nações Unidas em relação aos direitos das pessoas privadas de liberdade ofereceram o enquadramento ideal para demonstrar que o rechaço à revista vexatória não se refere meramente à forma de gerir o procedimento de visitação, mas à forma de conceber o sistema penitenciário e ao resguardo dos direitos dos próprios presos.

Nesse sentido, o ITTC e a Pastoral participaram em 2009 da elaboração das Regras da ONU para o tratamento da mulher presa (Regras de Bangkok), que também trata da revista íntima invasiva. Já em 2011, a revista vexatória apareceu como pauta em encontro do Subcomitê de Prevenção à Tortura das Nações Unidas (SPT), demonstrando as diversas facetas que a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes assumem no sistema prisional brasileiro.

No âmbito latino-americano, um precedente de 1996 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos,<sup>(5)</sup> que concluiu que a revista íntima, na Argentina, da esposa e da filha de um preso violava a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incentivou que denúncias sobre a revista vexatória fossem levadas à Organização dos Estados Americanos. Desse modo, uma denúncia sobre a revista vexatória como prática rotineira contra visitantes foi levada primeiramente em 2007, pelo GET “Mulheres Encarceradas”, e depois em 2012, pela Pastoral Carcerária e pela Associação pela Prevenção da Tortura (APT).

A providência que alcançou maior impacto no plano interno foi a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de maio de 2014, nas medidas provisórias no assunto do Complexo Penitenciário de Curado. O pedido de medidas provisórias foi apresentado depois de uma série de denúncias encaminhadas à Comissão Interamericana pela Justiça Global, pelo Serviço Ecumênico de Militância nas Prisões e pela Pastoral Carcerária sobre as violações de direitos humanos no centro penitenciário Aníbal Bruno, em Recife, desde 2008, primeiramente contra as pessoas detidas, e depois contra seus familiares e funcionários da instituição. Sobre os familiares, foi destacada a gravidade da revista vexatória, em relação à qual a Corte determinou que no curto prazo o Estado deverá eliminar a “prática de revistas humilhantes que afetem a intimidade e a dignidade dos visitantes”.<sup>(6)</sup>

Essa decisão da Corte foi recebida no Brasil em um contexto de crescente mobilização contra a revista vexatória. Ao longo de vários anos, algumas iniciativas locais vinham sendo adotadas no sentido de proibir, ou de, no mínimo, limitar a revista vexatória, como ocorreu em Minas Gerais, por meio da Lei Estadual 12.492/1997; na Paraíba, nos termos da Lei Estadual 6.081/2010; no Rio Grande do Sul, pela Portaria 12/2008 da Superintendência dos Serviços Penitenciários; no Rio de Janeiro, pela Resolução 330/2009 da Secretaria de Estado de Administração; em Goiás,<sup>(7)</sup> pela Portaria 435/2012, da Agência Goiana do Sistema de Execução Penal; e, no Espírito Santo, pela Portaria 1.578-S/2012.<sup>(8)</sup> Na mesma linha, por meio da Portaria 3/2014 do Juiz da 1.ª Vara de Execuções Penais, Pernambuco aderiu à proibição da revista vexatória.<sup>(9)</sup>

Essa mobilização em diversas instâncias repercutiu também no plano federal, no qual o histórico de mobilização da sociedade civil é extenso, como evidencia a sequência de Programas Nacionais de Direitos Humanos. No PNDH-1, de 1996, e no PNDH-2, de 2002, já se falava na normatização dos procedimentos de revista aos visitantes de estabelecimentos prisionais, com o objetivo de coibir quaisquer ações que atentassem contra a dignidade e os direitos

humanos dessas pessoas. Já no PNDH-3, de 2009, essa previsão foi mantida, acrescentando-se a meta de elaborar projeto de reforma da Lei de Execução Penal, com o propósito de adotar mecanismos tecnológicos para coibir a entrada de substâncias e materiais proibidos, eliminando a prática de revista íntima nos familiares de presos.<sup>(10)</sup> Esses documentos são bastante representativos, pois foram construídos a partir de consultas à sociedade civil e identificam os principais obstáculos à promoção e proteção dos direitos humanos no Brasil, elegem prioridades e apresentam propostas concretas que buscam equacionar os mais graves problemas que impossibilitam ou dificultam a sua plena realização.

Em 2012, consonante com a meta do PNDH-3, foi instituída pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) uma Comissão Mista para analisar e apresentar proposta quanto à revista nos estabelecimentos penais no Brasil, da qual a Pastoral Carcerária fez parte. Desse trabalho resultou um anteprojeto de lei abolindo a revista vexatória, que serviu de base para o PLS 480/2013, recentemente aprovado no Senado.

Até a aprovação final e a sanção da lei, a revista vexatória fará parte do cotidiano semanal de, no mínimo, um milhão de pessoas. Contudo, sua efetiva eliminação depende mais da conscientização de toda a sociedade, do que da mera vigência de uma lei. É por este motivo que em abril de 2014 a Rede Justiça Criminal lançou uma campanha pública, composta por vídeos e áudios, que busca sensibilizar a população para a violência que a revista vexatória representa.

Além disso, a Rede, juntamente com a Pastoral Carcerária e o Núcleo de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, intensificou o diálogo público com os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo para demonstrar que, além de violar diversas garantias constitucionais, a revista vexatória é ineficaz na perspectiva dos objetivos que ela supostamente persegue. Dados levantados no Estado de São Paulo por meio da Lei de Acesso à Informação levaram tanto a Rede Justiça Criminal quanto a Defensoria Pública a concluir que em menos de 0,03% das revistas feitas no estado são encontrados objetos ilícitos. Ou seja, menos de três em cada 10.000 pessoas humilhadas foram flagradas portando algum objeto ilícito, sendo que este número é ainda menor se forem considerados os ilícitos que foram identificados dentro da genitália.<sup>(11)</sup>

Até que toda a sociedade perceba que as pessoas violadas por essa prática merecem respeito e são tão cidadãs quanto nós, nossos parentes, vizinhos, amigos e conhecidos, não teremos o fim da revista vexatória. Garantir a sanção da lei é o primeiro e mais urgente passo, mas conseguir a dependerá de toda sociedade.

## Notas:

- (1) Jumbo são os itens levados para o preso por suas famílias, que pode incluir produtos de higiene pessoal, limpeza, roupas, mantimentos e alimentos prontos.
- (2) Em relação aos arts. 1.º, III, e 5.º, III e XLV.
- (3) O Inquérito Civil 199/04 solicitou informações aos distritos policiais, cadeias públicas e penitenciárias sobre a realização de revista íntima nas visitantes dos presos e presas. Ao final, confirmada a prática, o Ministério Público Estadual recomendou às instituições penitenciárias não mais realizar, em crianças e adolescentes, qualquer tipo de conduta que enseje violação aos seus direitos.
- (4) Previstos em documentos como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, e a Convenção dos Direitos da Criança, de 1982.
- (5) CIDH, Relatório 38/96, Caso 10.506, Argentina, 15.10.1996. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/96port/Caso11506.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2014.
- (6) Corte IDH, *Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2014, par. 20.

- (7) A revista humanizada hoje implementada em Goiânia tem sido divulgada pelo Promotor de Justiça Haroldo Caetano como um modelo a ser seguido em outros Estados.
- (8) No Espírito Santo já havia uma lei estadual sobre a matéria, a Lei Estadual 6.611/2001, mas que até então não era implementada.
- (9) Medida válida para o Complexo Prisional do Curado, o Centro de Triagem de Abreu e Lima (Cotel), Presídio de Igarassu, a Colônia Penal Feminina do Recife e de Abreu e Lima, o Centro de Reeducação da Polícia Militar e o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP).
- (10) Semelhante ao que previra a Resolução 9, de 12.07.2006, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).
- (11) Dados disponíveis em: <<http://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rede-boletim-revista-vexatoria-marc3a7o-17-03-2014-web.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

**Heidi Ann Cerneka**  
Integrante da Pastoral Carcerária e do Instituto Terra,  
Trabalho e Cidadania (ITTC).

**Raquel da Cruz Lima**  
Integrante da Pastoral Carcerária e do Instituto Terra,  
Trabalho e Cidadania (ITTC).

**Sonia Drigo**  
Integrante da Pastoral Carcerária e do Instituto Terra,  
Trabalho e Cidadania (ITTC).

## Construindo a prova: uma proposta para as faculdades de direito<sup>(1)</sup>

*Nathan Rubenson*

Considere o seguinte caso hipotético: após dez meses de um assalto em um parque às 10 horas da noite, a polícia consegue prender um sujeito que logo depois é reconhecido pela vítima. No entanto, o sujeito parece ter um álibi incontestável. Quando confrontado pela primeira vez pela polícia após os dez meses, ele dá um relato minucioso de seu paradeiro e atividades naquela noite: às 20h45min, ele saiu e foi ao mercado na esquina para comprar feijão preto, voltou para sua casa e terminou de preparar um prato de feijão e paio por volta das 21h45min, aí jantou enquanto assistia o programa do Fantástico, que começou às 22h em ponto e que durou duas horas. A mãe dele está disposta a corroborar essa mesma história, e posteriormente a polícia confirma a transmissão do Fantástico às 22h.<sup>(2)</sup> Finalizado o inquérito e oferecida a denúncia pelo Ministério Público, procedem-se às inquirições em audiência de instrução. Como o promotor deveria formular as perguntas ao acusado e à sua mãe para evidenciar que o álibi é falso? Qual tom de voz deveria usar? Como deveria se preparar para a audiência?

Se das aulas da faculdade de Direito se esperava tirar algumas indicações, a esperança muitas vezes não se confirmará. Isso porque a técnica de inquirição de testemunhas e acusados não é matéria de estudo, nem muitas vezes de treinamento profissional. Isso apesar da posição primordial da audiência de instrução no processo penal brasileiro desde a reforma de 2008. Para começar, a prova colhida no inquérito já não é suficiente para ensejar a condenação.<sup>(3)</sup> Mais importante ainda, além da audiência de instrução, o interrogatório do acusado (e em um sentido mais amplo, também os depoimentos) frequentemente constitui o último ato processual antes de o juiz proferir a sentença. O princípio da imediação, bem fundamentado no campo da psicologia cognitiva, sustenta que o aspecto mais memorável de determinado acontecimento costuma ser o final.<sup>(4)</sup> Para o promotor ou defensor, então, a interação

ao vivo com testemunhas, acusado e vítima na audiência de instrução representa, ao mesmo tempo, a melhor e última possibilidade de reverter um caso cujos autos favorecem a parte oposta.

Com certeza, existem tanto advogados quanto professores altamente capazes de interrogar. Aliás, tal técnica é passível de investigação, treinamento e sistematização em disciplinas acadêmicas, atividade que não está sendo realizada em grande escala. Sabe-se disso porque essas estratégias a rigor são estudadas e as destrezas dos alunos aprimoradas nas faculdades americanas, inglesas e dos outros sistemas adversariais sob o nome de *trial advocacy*.<sup>(5)</sup> Em tais matérias, o aluno aprende a estruturar perguntas para evitar respostas inesperadas, evidenciar contradições sem deixar espaço para a testemunha escapar e minimizar os vãos nos testemunhos defensivos. Ou seja, aprende-se a *construir* a prova em vez de *argumentar* com base na prova já colhida.

Mas voltemos ao caso do início, no qual o promotor queria fazer com que o álibi do acusado fosse desacreditado. O mais intuitivo seria lhe perguntar se ele inventou o álibi quando percebeu que poderia ser processado. Porém, o acusado poderá responder que simplesmente está contando o que ele consegue se lembrar, assinalando que, de fato, passou o Fantástico na televisão na noite em questão. Portanto, considere uma tática diversa, ilustrada mediante um exemplo adaptado de um professor de técnicas de litígio oral, **Shane Read**:

Promotor: Você falou que não soube do assalto até ser informado pela polícia, correto?

Acusado: Correto.

Promotor: Então, você não sabia nada sobre isso durante um período de quase dez meses depois do crime?

Acusado: Correto.

Promotor: E na noite do crime, você contou que saiu para o mercado às 20h45min, verdade?

Acusado: Saí.

Promotor: E aí no mercado, comprou feijão preto?

Acusado: Comprei.

Promotor: Depois voltou em casa às 21 horas?

a interação ao vivo com testemunhas, acusado e vítima na audiência de instrução representa, ao mesmo tempo, a melhor e última possibilidade de reverter um caso cujos autos favorecem a parte oposta

Acusado: Voltei.

Promotor: Logo depois, você começou a fazer o seu jantar de feijão preto com paio.

Acusado: Exato.

Promotor: E você terminou de fazer a comida às 22 horas?

Acusado: Às 22 horas, sim.

Promotor: Aí ficou assistindo o Fantástico até a meia-noite.

Acusado: Fiquei, o tempo todo.

Promotor: Bom. Agora eu gostaria de conversar com você sobre o dia antes do crime. Você pode nos contar o que jantou na noite anterior?

Acusado: Emm...na verdade, eu não saberia te dizer.

Promotor: E onde você estava às 10 horas da noite desse dia?

Acusado: Também não me lembro.

Promotor: Tudo bem. Então vamos passar para o dia depois do crime. O que você jantou naquela noite?

Acusado: Não me lembro.

Promotor: E sua localização às 10 horas da noite?

Acusado: Também não.

Nota-se que, em efeito, o promotor não *pergunta* sobre o horário do crime, mas faz o acusado *repetir* detalhadamente a mesma versão que deu à polícia. Posteriormente dá uma virada abrupta e bastante inesperada para o acusado, inquirindo sobre os dias anterior e posterior ao fato. Não importa o que o acusado venha a responder: por um lado, “não lembro” serve para mostrar que é improvável ele se lembrar da noite do crime; por outro, “comi macarrão no restaurante na esquina” ou qualquer outra resposta semelhante também virá a fracassar, pois é difícil que o réu e a sua mãe tenham combinado também sobre tais pontos. Portanto, basta o testemunho da mãe, isolada da sala de audiência, para o promotor argumentar nas alegações finais que essa contradição desmente o álibi.<sup>(6)</sup>

Outro diálogo clássico das matérias de técnicas de litígio americanas serve para reforçar uma das regras básicas da inquirição: a de não fazer perguntas para os inquiridos da parte oposta ao menos que se saiba, com alguma segurança, de antemão qual será a resposta, ou mesmo, que a resposta não importe. Em um processo por lesões corporais, por exemplo, o depoimento de uma testemunha ocular ocorre do seguinte modo:

Defensor: O senhor falou que estava amarrando os cadarços do seu sapato quando a briga começou?

Testemunha: Falei.

Defensor: Portanto, naquele momento, olhava para os seus sapatos?

Testemunha: Olhava, sim.

Defensor: Então como é que tem certeza que o meu cliente instigou a briga mordendo o nariz da vítima se o senhor nem olhava para os dois?

Testemunha: Depois vi o seu cliente cuspir o nariz na calçada.<sup>(7)</sup>

Os exemplos anteriores nada mais são do que dois dentre tantos que mostram a potencial utilidade de estudar técnicas de litígio oral até mesmo em um sistema em grande parte inquisitorial, como ainda é o caso do sistema processual penal brasileiro. Outras técnicas incluem métodos de o advogado se preparar e ensaiar para audiências (por exemplo, o advogado deve escrever suas perguntas palavra por palavra com anterioridade à audiência? Como ele deve modificar aquelas perguntas após escutar a inquirição da parte oposta? O que fazer caso a testemunha se afaste da sua versão anterior? Com que tom de voz se dirigir a ela? E inumeráveis outras).

Não se está a sugerir, aqui, que as faculdades brasileiras simplesmente comecem a treinar os seus alunos de acordo com o modelo americano. Em primeiro lugar, as normas processuais são tão divergentes que algumas das estratégias americanas acabariam sendo totalmente inúteis, enquanto outras, que seriam proibidas pelas regras de produção e admissibilidade da prova no processo penal americano, mereceriam ser aproveitadas no contexto brasileiro. Por exemplo, a extrema relutância de um juiz americano em se intrometer nas inquirições deixa espaço para o advogado brincar com a dúvida gerada por perguntas *não* feitas por nenhuma das partes, tática dificilmente empregada no contexto brasileiro.<sup>(8)</sup> De modo inverso, a estrutura do inquérito policial efetivamente obriga as testemunhas a contar múltiplas vezes a mesma história, criando oportunidades para assinalar contradições.<sup>(9)</sup> O prévio acesso do juiz aos autos também traz a necessidade de criar novos princípios orientadores diversos dos americanos, já que nos Estados Unidos é proibido ao júri ter conhecimento do caso até a inauguração do julgamento. **Bernd Schönemann** já estabeleceu empiricamente que o juiz avalia cada caso com base nos autos antes da instrução. Mesmo querendo se manter imparcial, ele vai filtrar de maneira subconsciente a prova colhida na instrução mediante aquela conclusão provisória.<sup>(10)</sup> As estratégias voltadas aos promotores deverão aproveitar esse fenômeno, enquanto os defensores precisarão desenvolver outras para neutralizá-lo. Enfim, deverá ser elaborado um corpo de técnicas de litígio oral *brasileiras*, pegando emprestadas as do direto comparado enquanto convenientes e acrescentando outras.<sup>(11)</sup> Tal corpo de técnicas deveria, então, ser ensinado nas faculdades, pois ao adotar elementos-chave da oralidade e da inquirição encabeçadas pelas partes estar-se-á munindo o aluno com as ferramentas necessárias para lidar com tais atos processuais.

## Notas:

- (1) Agradece-se a generosa colaboração de Renato Vieira e da Professora Heloísa Estellita, sem os quais o presente artigo não teria sido possível. Não obstante, toda opinião exposta nele é minha e não necessariamente reflete as da defensoria nem dos dois.
- (2) Adaptado de READ, D. Shane, 2007, *Winning at Trial*, National Institute for Trial Advocacy, p. 228-30.
- (3) Art. 155 do CPP (“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”).
- (4) Este fenômeno também é conhecido como o “Efeito de Posição Serial” exposto primeiro pelo psicólogo Hermann Ebbinghaus. Ele faz parte do currículo da National Institute of Trial Advocacy (NITA), o maior instituto de capacitação em técnicas de litígio oral nos EUA. Veja, por exemplo, READ, D. Shane, p. 157, e MAUET, Thomas A., 2005, *Trials: Strategy, Skills, and the New Power of Persuasion*, Aspen Publishers, p. 4.
- (5) Às vezes chama-se *litigation skills*.
- (6) Essa tática requer a tomada de certas precauções. O advogado deveria assegurar a presença da mãe no fórum para que o depoimento dela aconteça logo antes do interrogatório do réu.
- (7) Adaptado do famoso caso de Abraham Lincoln em Terrence F. MacCARTHY, 2007, *MacCarthy on Cross-examination*, American Bar Association, p. 52. Mesmo no sistema americano, o exemplo é mais didático do que prático tendo em conta que o promotor competente pode solicitar a repregunta para aclarar a aparente contradição. Contudo, o diálogo claramente ilustra o perigo de fazer uma pergunta bem aberta para uma testemunha disposta a ajudar a posição da parte oposta.
- (8) As regras americanas e brasileiras parecem similares à primeira vista. Veja, por exemplo, Federal Rule of Evidence 614 (“The Court may examine a witness regardless of who calls the witness”). No entanto, o dispositivo raramente é aproveitado. Veja GIANELLI, Paul C., 2009, *Chapter 2: Roles of Judge and Jury: FRE 614*, em *Understanding Evidence*, 17/18. Além disso, o desconhecimento do caso por parte do juiz e o fato de as partes guardarem a prova até o momento da incorporação (não há “autos” como se conhece a exemplo do sistema brasileiro) necessariamente limitam a capacidade do juiz de esclarecer elementos em branco.

- (9) No sistema penal americano, com a notável exceção do estado da Flórida, não há direito de confrontar as testemunhas da parte oposta até que sejam inquiridas em audiência de julgamento (*criminal trial*). Não é, pois, incomum que o promotor desconheça por completo uma testemunha da defesa antes do julgamento, e mesmo que o defensor não disponha de nenhum termo de depoimento anteriormente tomado pela promotória.
- (10) SCHÜNEMANN, Bernd, O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental, Bernd Schünemann: Estudos de direito penal, direito processual penal, e filosofia do direito, *IBCCRIM* n. 11, set.-dez. 2012, p. 30-51.
- (11) Um possível ponto de partida, além do direito comparado, é o julgamento pelo júri. Os penalistas brasileiros já possuem um considerável acúmulo

de conhecimento prático na área, embora não tenham sido adaptadas às inquirições em audiência de instrução por juiz no procedimento comum.

**Nathan Rubenson**

*Juris doctor* pela New York University School of Law.  
Ex-aluno de intercâmbio da Escola de  
Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.  
Assistant Public Defender no Condado de Mecklenburg,  
Carolina do Norte, Estados Unidos.

## Absolvição sumária e a motivação das decisões

Stephan Gomes Mendonça

Passados mais de cinco anos do advento da Lei 11.719/2008, que modificou sensivelmente diversos institutos e os procedimentos do processo penal brasileiro, ainda se verificam grandes divergências tanto doutrinárias, quanto jurisprudenciais, em relação às inovações trazidas pela novel legislação.

Muitos são os temas debatidos desde a entrada em vigor dessa lei: o momento do recebimento da denúncia e o marco interruptivo da prescrição, absolvição sumária, fixação na sentença condenatória de valor mínimo em decorrência dos danos causados pela infração, *emendatio libelli*, *mutatio libelli*, entre vários outros.

Entre estes temas, tormentosa questão surgiu após o Código de Processo Penal facultar ao réu a arguição de preliminares e a alegação de tudo que interessar à sua defesa, quando analisamos a decisão que não absolve sumariamente o réu – e, logo, mantém o recebimento da denúncia – em cotejo com o art. 93, IX, da CF.

Referido artigo, como se sabe, consagra o chamado princípio da motivação das decisões, explicado por **Rogério Lauria Tucci**<sup>(1)</sup> como a forma pela qual “o magistrado pronunciante de ato decisório mostra como apreendeu os fatos e interpretou a lei que sobre eles incide, propiciando, com as indispensáveis clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados e, conseqüente e precipuamente, a conclusão atingida”.

Nesse diapasão, muito embora tenha surgido para o réu a possibilidade de alegar tudo que interessar à sua defesa, dia após dia nos deparamos com decisões de magistrados que, sob os mais variados argumentos, mantêm o recebimento da denúncia sem motivar adequadamente sua decisão, por vezes limitando-se a mera transcrição do texto do art. 397 do CPP e deixando de analisar as teses invocadas pelo acusado.

Conforme pontuado por **Brito, Fabretti e Lima**,<sup>(2)</sup> “a ideia central da absolvição sumária é permitir que o juiz antecipe o julgamento do processo com base somente nos elementos de concepção de que dispõe naquele momento. Por entender que já possui o que precisa para seu convencimento, o juiz dispensa a fase de instrução e imediatamente julga o fato. Caso entenda que não possui os elementos suficientes, deverá sanear o processo e designar a audiência de instrução e julgamento”.

Esse “saneamento” do processo compreende (ou deveria compreender) a análise de todas as questões invocadas pelo réu em sua resposta à acusação que deverão, necessariamente, em obediência

ao mandamento constitucional, ser expressamente examinadas pelo magistrado.

Tal entendimento é absolutamente lógico. Nas palavras do Min. **Félix Fischer**,<sup>(3)</sup> “se não fosse necessário exigir que o Magistrado apreciasse as questões relevantes trazidas pela defesa – sejam preliminares ou questões de mérito – seria inócua a previsão normativa que assegura o oferecimento de resposta ao acusado”.

Em seu notório e notável trabalho sobre a motivação das decisões penais, **Antônio Magalhães Gomes Filho**<sup>(4)</sup> ensina que “é evidente, por outro lado, que a esse modelo de decisão deve corresponder uma adequada justificação, em que o juiz demonstre haver examinado tais questões, dizendo por que concluiu pela admissibilidade da acusação”.

**Antônio Scarance Fernandes**<sup>(5)</sup> corrobora desse entendimento e tece críticas ao hábito forense utilizado articulando que “apesar da clareza do texto constitucional no sentido de ser necessária a motivação de todas as decisões judiciais, continuaram, após 1988, a não serem fundamentadas as decisões de recebimento da denúncia, mantendo-se a praxe antes existente”. Comentando especificadamente a alteração de 2008, o professor é imperativo ao afirmar que “o juiz precisa analisar a viabilidade da acusação, levando em conta os argumentos do acusado”.

Contudo, a jurisprudência tem sido demasiado discrepante quando se depara com a questão. Nos tribunais de justiça encontramos câmaras que têm resguardado os princípios constitucionais. Em julgamento de fevereiro deste ano, a 12.ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manifestou-se sobre a questão em sede de *habeas corpus* e concedeu a ordem para anular o processo, determinando nova decisão nos moldes do art. 93, IX, da CF, assentando que “não houve manifestação concreta a respeito da matéria levantada. Restringiu-se a decisão a apontar a ausência de qualquer das causas aptas a impor absolvição sumária, sem, todavia, apresentar os motivos e razões da solução adotada. Não se pode entender como fundamentação sucinta, posto que, ainda que resumida, deve abranger de forma específica a argumentação apresentada pela defesa”.<sup>(6)</sup>

Por outro lado, nos tribunais superiores encontramos inúmeros posicionamentos. Em julgado de abril deste ano,<sup>(7)</sup> a 5.ª Turma do STJ enfrentou a matéria e negou provimento a um recurso ordinário em *habeas corpus* manejado pela defesa do réu por entender que a manifestação do Juízo processante não há de ser exaustiva, sob pena de “antecipação prematura de um juízo meritório que deve ser

naturalmente realizado ao término da instrução criminal.”

Por essa senda, inclusive, parece caminhar o entendimento de **Eugênio Pacelli**,<sup>(6)</sup> para o qual a fundamentação da decisão que não absolve sumariamente o réu deve ser “superficial a fim de se evitar antecipações definitivas acerca do posicionamento do magistrado em relação às questões de direito”.

Nesse ponto é necessário separar o joio do trigo. Não se espera que o magistrado medite minuciosamente sobre as questões trazidas à baila pela defesa. Entretanto, roga-se que as teses defensivas sejam minimamente analisadas pura e simplesmente por coerência e respeito às regras do jogo, aos ditames insculpidos na Constituição Federal.

No Supremo Tribunal Federal a perspectiva também não é animadora. Em recente julgado de relatoria do eminente Min. **Luiz Fux**,<sup>(9)</sup> entendeu-se como *sucintamente* motivada decisão de recebimento da denúncia nos seguintes e parcos termos: “Não está presente nenhuma hipótese de absolvição sumária”. E só. Nada mais.

Neste caso, a defesa do paciente alegara ausência de fraude que, em tese, seria apta a ensejar a absolvição sumária do réu e que não foi analisada pelo magistrado, a menos que de outra forma se entenda essa decisão.

A essa altura se faz necessário ressaltar a diferença entre motivação sucinta e ausência de motivação. A decisão concisa, como ensina **Rogério Lauria Tucci**,<sup>(10)</sup> é aquela que contém “fundamentação suficiente à evidenciação, tanto fática, como jurídica, do teor da resolução do órgão jurisdicional pronunciante”. Não se pode conceber que esta “decisão” ora analisada, que tão somente reproduz o texto legal, esteja em conformidade com a Carta da República. Aceitar isso, como fizeram os ministros que julgaram este writ (a decisão foi unânime) é, salvo melhor juízo, referendar o conhecido (e abominado) “despacho-padrão” tão famoso entre os que atuam na seara criminal.

Outrossim, a Corte Constitucional já firmou sólido entendimento de que a decisão que recebe a denúncia não possui caráter decisório sendo que, diante disso, não se enquadraria nas decisões a que se refere o art. 93, IX, da CF.

Não nos parece que seja esse o entendimento mais acertado. Sobre o tema já se manifestou **Gustavo Badaró**,<sup>(11)</sup> defendendo que por tratar-se de decisão sobre a admissibilidade da acusação seria “equivocado, portanto, concluir que se trata de despacho, sem conteúdo decisório”, ao passo que “há muito mais que simples ato de movimentação processual”.

Em relação às decisões penais, filiamo-nos ao pensamento de **Aury Lopes Júnior**,<sup>(12)</sup> o qual defende que “excetuando-se os despachos de mero expediente, as decisões e sentenças devem ser

fundamentadas, sob pena de nulidade”.

Este posicionamento é o que melhor equilibra a necessária observância do princípio constitucional a uma forma razoável de sua aplicação no plano processual. O controle sobre a atividade jurisdicional que é feito pela sociedade, bem como a garantia do acusado de ver justificada a decisão que o mantém na condição de réu devem ser vetores a serem perseguidos pelo juiz que não pode, em hipótese alguma, optar por um caminho que suprima garantias individuais constitucionalmente previstas.

## Notas:

- (1) TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 196.
- (2) BRITO, Alexis Couto; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 268.
- (3) STJ, HC 138.089/SC, rel. Min. Félix Fischer, DJe 02.03.2010. Ver também: HC 232.842/RJ, rel. Min. Og Fernandes, j. 11.09.2012.
- (4) GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 172.
- (5) FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 141.
- (6) TJSP, HC 0187131-70.2013.8.26.0000, 12.ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Angélica de Almeida, DJe 07.05.2014. Ver também: TJSP, HC 2054161-72.2013.8.26.0000, 16.ª Câmara de Direito Criminal, rel. Des. Otávio de Almeida Toledo.
- (7) STJ, RHC 34955/SP, rel. Laurita Vaz, DJe 10.04.2014. Ver também: RHC 38153/MG, RHC 31040/RS, HC 150250/DF, HC 150925/PE e HC 138089/SC.
- (8) PACHELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 689.
- (9) STF, HC 111.127/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJe 10.05.2013.
- (10) TUCCI, Rogério Lauria. *Op. cit.*, p. 209.
- (11) BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 427.
- (12) LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1091.

**Stephan Gomes Mendonça**

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Pós-graduado em Teoria Geral do Crime, IBCCRIM-Coimbra.

Pós-graduando em Direito Penal Econômico, FGV-SP.

**BOLETIM IBCCRIM** - ISSN 1676-3661

**COORDENADOR-CHEFE:** Rogério Fernando Taffarelli

**COORDENADORES ADJUNTOS:** Cecília de Souza Santos, José Carlos Abissamra Filho e Matheus Silveira Pupo.

### CONSELHO EDITORIAL:

Acácio 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, André Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, 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 Vilares, 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 Coelho 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 Stanzola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thais Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinícius Lapetina.

### COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Cássio Rebouças de Moraes, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Suguimori 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, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva e Vivian Peres da Silva.

**PROJETO GRÁFICO:** Lili Lungarezi - liliblungarezi@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

# O dilema do primado da codificação

Renato de Mello Jorge Silveira

## Introdução

Há não muito tempo, imaginava-se o Direito Penal unicamente em termos de suas Partes Geral e Especial. Falar-se em Direito Penal extravagante era uma extravagância em si mesmo. O Direito Penal, em si, encontrava-se sedimentado no Código. Leis Penais Especiais, quando presentes, eram, mormente, relegadas a um segundo plano, quer na Academia, quer no dia a dia forense. Isso, no entanto, parece já distante.

No espaço temporal de uma geração, seria de se dizer que quase tudo mudou. Hoje, leis especiais são referência obrigatória em alguns setores da Justiça, não necessariamente especializados. Mesmo na Justiça Estadual, porto seguro do bom e velho Direito Penal, inúmeras são as situações em que se encontram regramentos específicos de legislações especiais cada vez em maior frequência.

É justamente essa presença de ponderação particular que merece alguma reflexão. Fala-se, por um lado, em reforma necessária do Direito Penal. Clama-se por um novo Código Penal. Mas qual o Direito Penal que se pretende reformar? Sua integralidade? Todo o firmamento penal? Que sentido faz, hoje, o prisma maior da codificação? Caso a resposta seja dada em termos positivos, surge outra completa sorte de indagações, especialmente no que tange ao âmbito do que poderia ser englobado em uma pretensa codificação.

## As noções de codificação e a quebra de unidade penal

Antigas são as colocações, positivas e negativas, acerca do processo de codificação. Sem dúvida, boa importância do tema pode ser encontrada em fins do século XVIII e inícios do século XIX, notadamente com a presença e ascendência napoleônica na Europa. Logo depois, ao longo do século XX, é de se notar que o processo de codificação se sedimenta de maneira particularmente forte.

Deve-se recordar, inicialmente, que existe justificativa para a codificação ter seu nascedouro situado na quebra do Antigo Regime. Ele vai verdadeiramente propiciar e legitimar a troca política mencionada, já ensina **Lima Lopes**.<sup>(1)</sup> **Mariângela Gama de Magalhães Gomes**, em uma primorosa Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, esclarece, aliás, que “o Estado que sucedeu ao movimento iluminista atendeu os anseios de certeza e segurança jurídica por meio da codificação do Direito, caracterizada pelo tratamento uniforme de todos os cidadãos, reconhecidos como sujeitos de direitos. Além de satisfazer a uma importante exigência da modernidade, qual seja, a unificação das fontes do Direito, a fim de evitar a incerteza e a insegurança em sua aplicação prática, tornou-se clara, também, a maior virtude da legislação codificada, que consiste na organização sistemática. Esta, por sua vez, somente foi possibilitada pelo direito escrito, racional, governável, progressivo e único para todo o território do Estado”.<sup>(2)</sup>

Se isso é certo, e parece ser, ter-se-ia toda uma necessária série de loas ao movimento codificador.<sup>(3)</sup> No Brasil as coisas não se passaram de modo diverso. Deixando-se de lado um primeiro momento de construção legal nacional, é de se ter em conta o ganho de importância que o tema assumiu no período 1930-1945. Foi então que o Governo Vargas empenhou-se, fortemente, em buscar uma racionalidade à codificação nacional. Claro o instante e a política codificadora, também penal, de então. A ingerência foi significativa.

Os seguintes Códigos Penais seguiram a mesma ideia. Isso é retratado, v.g., na Exposição de Motivos do natimorto Código Penal de 1969, também fazia menção a semelhante propósito. Dizia o então

Ministro da Justiça, **Gama e Silva**, que “o Código Penal vigente será, talvez, a melhor de nossas codificações. Sua técnica apurada bem revela o elevado desenvolvimento da Ciência do Direito entre nós.” Vê-se pois, ainda, a glorificação da codificação.

Como bem se sabe, a *vacatio legis* dessa normativa foi prorrogada inúmeras vezes, até que ela fosse revogada, sem nunca ter entrado em vigor. Somente em 1984 nova tentativa resultou bons frutos. Por opção política, no entanto, foram elaboradas reformas distintas da Parte Geral e da Parte Especial do Código Penal, sendo que somente a da Parte Geral foi aprovada. Segundo a Exposição de Motivos, “deliberamos remeter à fase posterior a reforma da Parte Especial do Código, quando serão debatidas questões polêmicas, algumas de natureza moral e religiosa. Muitas das concepções que modelaram o elenco de delitos modificaram-se ao longo do tempo, alterando os padrões de conduta, o que importará em possível descriminalização. Por outro lado, o avanço científico e tecnológico impõe a inserção, na esfera punitiva, de condutas lesivas ao interesse social, como versões novas da atividade econômica e financeira ou de atividades predatórias da natureza”. Esse, o último episódio exitoso em termos de codificação penal brasileira.

É de se perceber, no entanto, a argúcia da Comissão de 1984. Além de realizar a reforma então possível, com incontáveis méritos, apercebeu-se que existem situações da modernidade que merecem reflexão própria. Um claro exemplo de então, e ainda hoje presente, é a situação relativa às drogas. A realidade da Lei nº 6.368, de 21.10.1976, estipulava medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. Em outras palavras, retirou-se a previsão do Código Penal e passou-se a prever toda uma política própria para a situação das drogas. Hoje, mesmo na vigência da Lei nº 11.343, de 23.08.2006 (a atual norma que trata do assunto), tem-se, por claro e evidente seu caráter absolutamente plural, muito para além de simples estipulação de crimes. A presente normativa institui, pois, o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, e também, note-se, também define crimes, além de dar outras providências. Com isso em mente, seria de se imaginar as noções e utilidades atuais de um novo código, ou mesmo da figura codificada. Cabe, pois, a indagação: faz, enfim, sentido um novo Código Penal?

## A nova realidade

A realidade parece alterar-se a partir do momento em que se percebem novos campos de interesse penal. De fato, o que se pode ter por expansão do Direito Penal tem por uma de suas características a especialização de tantos conceitos. Essa situação é bastante curiosa, ainda mais se for tido em conta a pouca preocupação de aprofundamento dogmático em relação à Parte Especial, em particular no que diz respeito às ponderações acadêmicas e científicas.<sup>(4)</sup>

Os estudos de cunho dogmático normalmente têm a preocupação em aprofundamentos justamente com a Parte Geral, pouca importância dando à Parte Especial.<sup>(5)</sup> Os crimes, sob essa leitura, seriam quase que autoexplicativos, ou sempre regidos por uma mesma lógica, o que implicaria em uma necessária compreensão prévia quanto à esta. A preocupação codificada, sob essa visão, tem todo o sentido, para o estudo global do Direito Penal.

Aqui, mostra-se obrigatória uma dúlice reflexão. Em primeiro lugar, indaga-se: para que se deseja um Código? Deseja-se a segurança de uma legislação estável? Clama-se uma readequação de determinados institutos aos problemas do presente? O que se espera, enfim, de um novo giz codificado?

Em primeiro lugar, que se diga que a grande parte das ocorrências criminais encontra-se, ainda, na chamada criminalidade clássica. O último censo penitenciário, divulgado pelo Ministério da Justiça, assim o evidencia, havendo, em 2009, cerca de 45% dos presos condenados por crimes patrimoniais; 12% por homicídio; 5% por crimes sexuais, entre outros. A exceção à essa regra é a presença de 20% da população carcerária condenada por crimes ligados às drogas.<sup>(6)</sup> As opções de criminalização desse universo clássico, talvez possam se mostrar questionáveis, mas denotam o objeto de trabalho do Direito Penal. Parece certo, pois, caber ainda reformas codificadas para o real problema hoje presente.

Por outro lado, deve-se ter em conta que o papel a ser considerado na elaboração da Parte Geral deve ser visto, tido e havido como a verdadeira gramática do Direito Penal. **Roxin**, nesse sentido, menciona que a Parte Geral deveria compreender as disposições válidas para todos os delitos, sobre os pressupostos e consequências da conduta punível.<sup>(7)</sup> Embora se tenha como amplamente válida a noção de um Código Penal, deve-se ir além. Dada a proliferação de situações e políticas públicas e criminais autônomas, encontram-se muitos dispositivos que acabam particularizando situações, bem como regras gerais. Será que isso poderia, assim, encontrar-se presente em uma lógica codificada uma? Parece que não.<sup>(8)</sup>

Observe-se, *v.g.*, a situação do Direito Penal Econômico, em que se verifica uma singular situação de extinção de punibilidade: a noção do pagamento do tributo. Essa previsão encontra-se apartada da regra geral do art. 107 do Código Penal. Mas será que isso implicaria um Direito Penal apartado? **Helena Regina Lobo da Costa**, menciona essa questão, pontuando que “*parece não haver fundamento teórico suficiente a justificar*” o que ela considera como Direito autônomo.<sup>(9)</sup> Indubitavelmente, pode-se mencionar a necessidade de tratamento específico, dada à proximidade com questões econômicas, mas tudo dentro de uma mesma realidade penal. Em outras palavras, pode-se verificar, dentro de um tratamento penal, a necessidade de regras apartadas da noção codificada.

## O futuro da codificação

Com tais colocações em mente, parecem surgir algumas verdades, aparentemente conflitantes. A primeira, diz respeito ao fato de que a proposta codificadora, ao menos em termos penais, ainda é bastante válida e necessária. A Parte Geral do Código Penal, diferentemente de outras áreas de interesse jurídico, ainda guarda necessário relevo. Ela se mostra, acima de tudo, como uma gramática a reger toda a aplicação penal. Ao menos, diga-se, a aplicação penal de caráter geral, a qual representa a enorme maioria dos casos levados à Justiça.

A segunda questão, no entanto, pode parecer discordante dessa lógica. Mas não o é. Segundo o que aqui se ponderou, resta claro que existem algumas situações que escapam a uma lógica unicamente penal. Quer por ponderações políticas, quer por significativas influências externas, de saúde pública, de mercado, ambientais, questões pluritemáticas, entre outras, pode se notar uma opção legislativa autônoma por um desvio conceitual do Direito Penal para determinados casos.

Muito embora isso não signifique a coexistência de vários Direitos Penais, sem dúvida aponta, tal realidade, para uma particularidade dos tempos modernos. O Código é, ainda, o *locus* adequado para as regras gerais, e disso não se duvida. Mas existe mais do que isso. 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.<sup>(10)</sup> Isso faz sentido e deve ser tido como verdade, sob pena da edificação de uma coletânea desordenada de ideias.

Deve-se, pois, terminante e derradeiramente, recordar **Miguel Reale**, o qual, com sabedoria nonagenária, ao dar suas impressões sobre o Código Civil mencionava que, durante os trabalhos daquele diploma, fixara ele, como uma das normas orientadoras, destinar à legislação especial aditiva todos os assuntos que ultrapassassem os lindes da área cível, ou implicassem problemas de alta especificidade técnica. Em nome da estabilidade do Código, dever-se-ia deixar à lei ordinária, pois, regular determinados casos. A sabedoria daquelas palavras bem vem a calhar também ao Direito Penal. Espera-se, pois, aqui, que essas colocações tenham maior vigor.

A pretensão de realização de um Código Penal é tarefa ainda importantíssima. Talvez de modo diferente do que em outras áreas, o Direito Penal ainda está a requerer códigos. Mas sua atuação hoje é limitada, e isso fica comprovado quando se brada pela lógica de uma codificação limitada, deixando-se à legislação especial matérias que ou guardem um regramento específico, ou mencionem uma política pública específica. Que se façam, pois, todos os códigos ainda necessários, mas se tenha tento à lição mais que necessária sobre os limites a serem observados. O Código dos anos 2000, enfim, não mais pode ser visto sob olhares de ontem. Suas percepções mudaram e isso deve ser, sempre, recordado.

## Notas:

- (1) Segundo Lima Lopes, “*o Estado liberal precisava ser implantado, precisava ser criado e substituir o Antigo Regime. A instalação deste Estado veio pôr fim a todo o direito anterior e seu instrumento privilegiado foi o Código: uma lei que dispunha sistemática e completamente sobre um assunto determinado. O Código pretendia ter um caráter axiomático. Oponha-se à falta de sistema das ordenações anteriores*” (LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 223 e ss. De similar modo, LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: GV, 2004, p. 191 ss. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: José Bushatsky, 1974, pp. 169 e ss.
- (2) GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma teoria geral da Parte Especial do Direito Penal*. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 185.
- (3) Cf., em termos históricos, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada, 1950, t. 1, p. 276 e ss.
- (4) Cf. COSTA, José Francisco de Faria. *Direito penal especial: contributo a uma sistematização dos problemas especiais da Parte Especial*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 15 e ss.
- (5) Cf. PISAPIA, G. Domenico. *Introduzione ala parte speciale del diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1948, p. 9 e ss. CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzioni e analisi dei titoli*. Padova: Cedam, 2004, p. 1 e ss.
- (6) Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=&params=itemID=%7B2627128E-D69E-45C6-8198-CAE6815E88D0%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 7 jul. 2014.
- (7) Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general. Traducción y notas*: Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. 1, p. 47 e ss.
- (8) Cf. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Op. cit.*, p. 187.
- (9) COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito penal econômico e direito penal sancionador – ne bis in idem* como medida de política criminal integrada. Tese de Livre-Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 84 e ss.
- (10) Cf. REALE, Miguel. Elaboração do Projeto de Código Civil. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *História do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

**Renato de Mello Jorge Silveira**  
Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.  
Vice-diretor da Faculdade de Direito da USP.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

# O (problemático) procedimento especial da Lei de Drogas e o interrogatório do réu

Augusto Tarradt Vilela

## I – Introdução

A falta de unissonância entre doutrina e jurisprudência quanto à aplicação de parcelas ou totalidade do rito ordinário, previsto no Código de Processo Penal, nos crimes abrangidos pela Lei de Tóxicos (11.343/2006) tem gerado grandes discussões entre juristas e prejuízos aos jurisdicionados da esfera penal, pois não se tem, com a devida clareza, a razão pela qual se deveria ou não aplicar o procedimento comum em lugar ao especial. Dessa forma, o intuito de desenvolvimento do artigo ora apresentado é a proposta do fim de tal problemática, porquanto se sugere uma solução com base nos princípios basilares do Direito Penal processual e material.

## II – A discussão

Um dos temas pouco discutido na doutrina é a aplicação do rito especial previsto no art. 57 da Lei 11.343/2006, cuja imposição é de que se deve proceder por primeiro o interrogatório do réu, sendo, após, ouvidas as demais testemunhas.

Essa disposição do procedimento especial é totalmente “problemática” quando de sua aplicação, isso porque diversos entendimentos pairam sobre aplicar ou não o rito ordinário aos crimes previstos na Lei 11.343/2006, mas nada se consolidou até então, o que causa grande prejuízo aos réus, pois seus defensores acabam ficando reféns dos entendimentos de magistrados.

A grande questão é: há possibilidade de utilizar o rito ordinário para a apuração do crime de tráfico de drogas? Muitos dos juristas diriam que não, porquanto a lei especial prepondera a lei geral. Mas seria esse o único meio de (in)validar a aplicação do rito especial?

Bem se sabe que o interrogatório do réu é meio de defesa pessoal inarredável do sistema jurídico-processual, sendo o momento de avaliação íntima do acusado quanto ao fato e a exposição de sua convicção, além de ser a possibilidade de argumentar, fundamentar e refutar provas e discursos proferidos durante a instrução processual, o que faz com que o interrogatório do réu seja o instituto de maior valor defensivo-pessoal dentro do ordenamento processual penal.

Ocorre que com a imposição traçada por algumas leis especiais, como no caso da Lei 11.343/2006, esse momento de austera defesa no processo é mitigado, pois o réu obriga-se a depor em estágio processual em que muitas provas serão, ainda, produzidas, não podendo manifestar-se quanto a elas de forma clara e consciente, eis o porquê do interrogatório do réu ao final da instrução processual sempre ter sido reconhecido como um direito fundamental do acusado, pois seria o momento de contraditar tudo aquilo que fora apresentado por ambas as partes – gize-se partes porque o réu possui o direito de contraditar suas próprias testemunhas –, tornando extremamente plena a perfectibilização de sua ampla defesa. **Nereu Giacomolli** argumenta nesse sentido: “A disposição importante e acolhedora da tese de que o interrogatório integra a garantia da ampla defesa, na modalidade de defesa pessoal ou autodefesa, é a que determina a sua realização como último ato da audiência, após a colheita de toda a prova, derradeira

oportunidade ao exercício da defesa pessoal antes do veredito do magistrado de primeiro grau”.<sup>(1)</sup>

Em mesma ideia, **Andrey Borges de Mendonça** assevera, quanto à reforma processual penal de 2008 que: “por fim, será realizado o interrogatório do acusado, após toda a produção da prova. O fato de o legislador ter colocado o interrogatório apenas no final demonstra que este é visto como meio de defesa (embora eventualmente possa ser, também, meio de prova, em caso de confissão)”.<sup>(2)</sup>

Não se pode obstar o cidadão de exercer um direito consagrado pela própria Constituição Federal por mero depreendimento de que a lei especial prepondera a lei geral, sendo que nem mesmo essa pretensão poderia ser reconhecida, pois com a reforma do Código de Processo Penal e as consagrações da hermenêutica jurídica, não só o critério de especialidade da lei deve ser levada em consideração, pois ainda se tem o critério temporal e o critério da interpretação mais benéfica.

A temporalidade expressa que a lei mais recente prevalecerá perante a mais antiga, assim, o rito ordinário, não só pode, mas deve ser aplicado, pois com a reforma do Código de Processo Penal basilada pela Lei 11.719/2008 – posterior à Lei 11.343/2006 – fora demonstrada, no ordenamento jurídico, a magnitude do direito do réu em ser ouvido ao final da instrução processual, pois isso consagraria sua defesa de forma totalitária, sendo, então, reconhecido que a nova redação do art. 400 do CPP veio a solidificar o previsto no art. 5.º, LV, da Constituição da República.

Outrossim, junto à temporalidade, integrou-se a lei mais benéfica, pois a reforma reconheceu que o fim da instrução é o momento de ápice da concretização da ampla defesa e do contraditório, motivo pelo qual o rito ordinário torna-se claramente mais benéfico do que o especial.

Não só o Poder Legislativo manifestou-se por meio da reforma, como o Poder Judiciário, pelo STF, na Ap 528/2011, reconheceu quanto à Lei 8.038/1990 (procedimento que prevê o interrogatório do réu em primeiro momento da fase de instrução e julgamento) que o texto alterado pela reforma processual penal de 2008 constituiu uma imposição mais benéfica da lei, devendo ser essa a aplicada.

Ressalta-se que além da reforma do art. 400 do CPP pela Lei 11.719/2008, a referida norma incluiu o § 2.º, daquele mesmo artigo, ao texto legal, esse que expõe a possibilidade de aplicação do procedimento comum, devendo, para a inobservância de tal conduta, estar expresso na lei especial algo que inexistente na lei de tóxicos, havendo maior admissibilidade do rito ordinário nos delitos elencados na Lei 11.343/2006.

Além do concebido pelo § 2.º, do art. 400, do CPP, tem-se o previsto no § 5.º do mesmo artigo e também incluído pela Reforma de 2008, que autoriza a aplicação subsidiária do procedimento comum ao especial, norma essa que afasta a noção de incompatibilidade entre os procedimentos, sendo viável a aplicação de certos atos do rito comum ao especial, como a realocação do interrogatório do réu ao final da audiência de instrução e julgamento.

Entendendo-se de forma mais flexível, a reforma processual penal de 2008 autorizou ao magistrado a utilização do procedimento comum ao

especial, devendo esse, quando pleiteado por uma das partes em momento oportuno, permitir tal aplicação, tendo em vista o caráter mais benéfico do rito ordinário e o respeito à estratégia defensiva.

Não obstante dessa concepção maleável, deve-se compreender este entendimento como ato discricionário, pois caso o Procurador da parte e/ou o Ministério Público não promovam o pleito de aplicação do procedimento comum ao delito de tráfico, o réu, leigo, mas resguardado pela Carta Republicana, restará prejudicado, pois mesmo sabendo-se do caráter benéfico da legislação processual comum, aplicar-se-á o procedimento especial. Ocorre que a matéria de processo, como bem se sabe, é conteúdo de direito público, devendo o Estado agir no sentido de consagrar os direitos e garantias do indivíduo sem que esse tenha que se manifestar.

A discussão quanto ao ser possível aplicar o rito ordinário ao delito de tráfico de drogas, dessarte, não deve permanecer estagnada e dúbia, porquanto o reconhecimento de que seu caráter benéfico prepondera ao do trazido pela Lei 11.343/2006 é patente, não podendo haver a possibilidade de permanecer entendimentos que afastem os direitos intrínsecos ao cidadão, os direitos da ampla defesa e contraditório, direitos e princípios por deveras resguardados em um Estado Democrático de Direito, no qual quem tem o poder é o povo (!!!), e não o Estado-punidor.

### III – Conclusão

Com o claro conhecimento da realidade processual penal, a aplicação de uma norma rígida, sem qualquer motivação nos fundamentos do direito processual e material penal, como é o caso do trazido pelo art. 57

da Lei 11.343/2006, não pode ser tomado como absoluto por convicções meramente formalistas.

A *ultima ratio* vai além da concepção da forma e de entendimentos positivados, porquanto se está a utilizar, como já referido, da última ação do Estado quanto ao caso e do fornecimento de todos os direitos preconizados e escudados pela Constituição Federativa do Brasil, devendo-se, sempre, alcançar o direito ao cidadão e afastar-se o monopólio do poder das mãos do Estado que acaba, quando age dessa forma, buscando tão somente uma punição, esquecendo-se do julgamento.

### Referências Bibliográficas

- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Atlas, 2011, p. 383-390.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 640-644.
- TJRS, AgRg 70040410375, rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, *DJe* 24.05.2011.
- TJRS, ApCrim 70056720113, rel. Des. Jayme Weingartner Neto, *DJe* 03.02.2014.
- STF, Ação Penal 528, AgRg, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 05.04.2011.

### Notas:

- (1) GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 69.
- (2) MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008, p. 294.

**Augusto Tarradt Vilela**  
Bacharelado em Direito pela Universidade  
do Vale do Rio dos Sinos.

## DESCASOS

# O escrivão preso

*Alexandra Lebelson Szafir*

Eu tinha um cliente preso na carceragem de um Distrito Policial da Capital paulista – uma excrescência que, felizmente, acabou – e precisava resolver alguns problemas relativos à sua custódia lá. O Delegado titular me encaminhou ao escrivão responsável pelos prontuários dos presos.

Era um senhor distinto ao extremo: tinha cabelos brancos, usava gravata e colete de lã. Ele entendeu de pronto qual era o problema (que, por questões éticas, não posso explicar aqui, até porque é absolutamente irrelevante para esta história) e resolveu-o de forma simples, imediata e eficaz. Poucas vezes conheci um escrivão assim.

Pela competência, gentileza e eficiência que ele demonstrou, presumi que se tratasse de um escrivão experiente. A idade dele só reforçou essa presunção da minha parte.

Enganei-me redondamente.

Alguns dias depois, em conversa com o Delegado titular, com quem acabei formando uma amizade sincera e duradoura, ele confidenciou-me que o tal “escrivão” era, na verdade, um dos presos da carceragem do Distrito!

O “escrivão” havia sido condenado por estelionato e a sentença estipulava que o regime inicial de cumprimento de pena era o semiaberto. Como tantos outros, aguardava vaga em um estabelecimento carcerário adequado àquele regime.

Tendo em vista que o regime intermediário permite o trabalho externo, o Delegado autorizou que ele cuidasse dos prontuários, o que ele fazia com empenho, dedicação e, sobretudo, competência. Aliás, nem era propriamente um “trabalho externo”, já que ele não deixava a Delegacia – dormia na carceragem e, ao acordar, simplesmente subia um lance de escadas e dirigia-se à “sua” sala. A sua família lhe trazia o almoço diariamente.

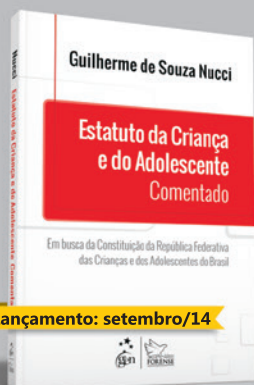
Quando a vaga apareceu e vieram transferi-lo para um presídio no interior de São Paulo, ele chorava como uma criança. Não queria ir, mas foi inevitável.

Não cito aqui o nome do Delegado porque certamente haverá falsos moralistas que quererão causar-lhe problemas. Mas ele tem a minha eterna admiração pela sua humanidade e sensibilidade. Afinal, seria melhor que o preso passasse os seus dias numa carceragem indigna e fétida ou fazendo algo útil?

Para mim, a resposta é óbvia.

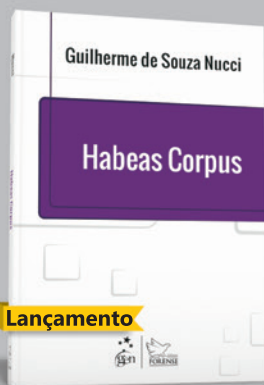
**Alexandra Lebelson Szafir**  
Advogada.  
(aleszafir@uol.com.br)

# GUILHERME DE SOUZA NUCCI



Lançamento: setembro/14

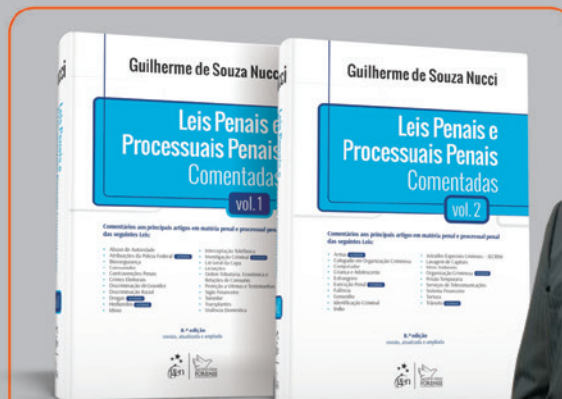
**Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**



Lançamento

**Habeas Corpus**  
1ª edição (2014)  
256 páginas

**R\$ 65,00**



**Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – Volume 1**  
8ª edição (2014)  
760 páginas

**R\$ 149,00**

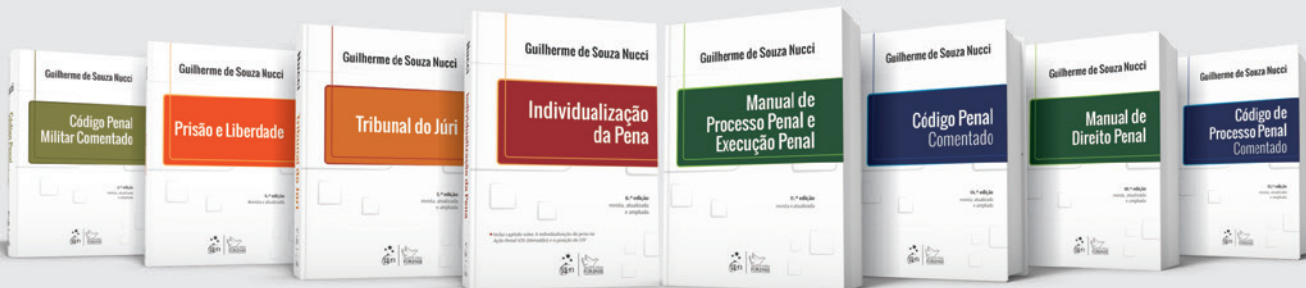
**Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – Volume 2**  
8ª edição (2014)  
912 páginas

**R\$ 174,00**



Comentários aos principais artigos em matéria penal e processual penal

## Outras obras do autor:



**Código Penal Militar Comentado**

2ª edição  
608 páginas

**R\$ 149,00**

**Prisão e Liberdade**

4ª edição  
160 páginas

**R\$ 42,00**

**Tribunal do Júri**

5ª edição  
640 páginas

**R\$ 129,00**

**Individualização da Pena**

6ª edição  
432 páginas

**R\$ 109,00**

**Manual de Processo Penal e Execução Penal**

11ª edição  
1.080 páginas

**R\$ 262,00**

**Código Penal Comentado**

14ª edição  
1.536 páginas

**R\$ 313,00**

**Manual de Direito Penal**

10ª edição  
1.232 páginas

**R\$ 284,00**

**Código de Processo Penal Comentado**

13ª edição  
1.440 páginas

**R\$ 275,00**



@metodoconcursos



Editora Método



genjuridico.com.br

www.grupogen.com.br



Preços sujeitos a alteração sem prévio aviso.