

## Editorial

# Contra o retrocesso na política de drogas

Tramita em regime de urgência na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7.663/10, de autoria do Deputado Osmar Terra (PMDB/RS), que pretende alterar a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), na forma do Substitutivo do Relator Givaldo Carimbão (PSB/AL).

Inspirado por uma política de “enfrentamento simbólico”, a proposta pretende revisar a lei atual, influenciada pelo “pânico moral” decorrente de suposta “epidemia” do uso de *crack* e municada pelos meios de comunicação de massa, que noticiam o aumento de usuários de drogas em áreas carentes das grandes cidades brasileiras na véspera dos grandes eventos esportivos vindouros. O texto aponta como estratégia a ser priorizada a internação “involuntária”, preferencialmente em comunidades terapêuticas e religiosas, e impõe que o Estado as financie, indicando claramente a abstinência como meta a ser alcançada para a “cura” da dependência de drogas. Isso representa verdadeiro retrocesso na abordagem do tema no Brasil, diante dos avanços da Lei Antimanicomial (Lei 10.216/2001) e da própria Lei 11.343/2006.

De forma resumida, pode-se dizer que o projeto pretende ampliar a adoção de métodos de tratamento de eficácia não comprovada cientificamente, e propõe um novo sistema nacional de políticas de drogas que fere princípios constitucionais, como o do Estado Laico, e ainda direitos humanos dos usuários de drogas.

Como já afirmado antes neste espaço, a ausência de diferenciação clara na lei entre usuário e traficante, que concede ampla margem de discricionariedade aos operadores do Direito na sua aplicação, somada ao aumento da pena para o crime de tráfico, são algumas das principais causas do exponencial crescimento da população carcerária brasileira nas últimas décadas.

O Projeto de Lei não só ignora a realidade da aplicação da Lei de Drogas, como resgata a lógica autoritária da lei anterior (Lei 6.368/1976), e ainda falha ao não reconhecer a redução de danos como estratégia principal de prevenção.

Na parte penal, a proposta cria um sistema punitivo ainda mais desproporcional do que o hoje existente: contempla novo aumento da pena mínima do delito de tráfico (que já sofrera aumento em 2006), a qual passará de cinco para oito anos, superior até à pena mínima do crime de homicídio. Como se não bastasse, propõe aumentar as penas mínimas dos arts. 34, 35, 36 e 37 da Lei 11.343/2006, além de reduzir o alcance do § 4.º do art. 33, que hoje permite a redução de 1/6 a 2/3 da pena para réus primários e sem ligações com o crime organizado. Ademais, propõe a criação de duas novas hipóteses de aumento de pena (no concurso de duas

ou mais pessoas, e quando o crime envolve a “mistura de drogas”), e aumenta o tempo de cumprimento das medidas alternativas previstas no art. 28.

Essas mudanças agravarão ainda mais a péssima situação carcerária do país, em que o tráfico de drogas representa a segunda modalidade delitiva de maior incidência nas prisões, só perdendo para os crimes patrimoniais.

Estudos realizados aqui e alhures atestam o fracasso e os altos custos dessa política de encarceramento, que nunca trouxe resultados positivos. O crescimento da população carcerária no Brasil nos últimos dois decênios não encontra paralelo no mundo, não se tendo obtido, com isso, qualquer benefício à segurança dos cidadãos.

Em relação a políticas públicas de forma geral, o texto do substitutivo pretende ampliar o controle sobre usuários de drogas, ao criar um “sistema nacional de informações sobre drogas”, um tipo de “cadastro”, no qual as internações e altas devem ser registrados em 72 horas, e ainda submeterá o usuário que for penalizado com medidas alternativas a um monitoramento “para avaliar o seu progresso”.

No que diz com o tratamento, institui duas categorias de internação, voluntária e involuntária, sendo que esta última pode ser solicitada pela família (tal como na Lei 10.216/2001), ou mesmo por um “servidor público”, ampliando não apenas o leque de possibilidades, mas também o prazo máximo de até 180 dias para “desintoxicação” mediante internação.

No caso de “adolescentes e crianças usuárias de drogas e em situação de rua”, a proposta prevê a obrigatoriedade de “acolhimento institucional”, contrariando a diretriz consagrada no ECA, segundo a qual, como regra, nessa situação os menores devem ser entregues a seus familiares. Além disso, ao criar hipóteses obrigatórias de internação, apenas com parecer médico, reduz-se o importante papel exercido pelo Judiciário no controle da legalidade de medidas restritivas de direitos, tanto no caso de adultos como de menores de idade. Em resumo, prioriza-se a internação obrigatória de usuários em instituições não médicas sem controle judicial.

O retrocesso é tanto que foram ressuscitadas medidas autoritárias de “denúncia” ou notificação obrigatórias de uso de drogas por parte das instituições de ensino, de triste memória da Lei 6.368/1976, o que representa renúncia a abordagens educativas no ambiente escolar em prol de uma lógica denunciante, vertical, punitiva e moralista.

O projeto propõe tornar “obrigatória” na execução

## | Editorial

Restrição ilegal  
Miguel Reale Júnior \_\_\_\_\_ 2

A jurisprudência do STJ sobre a responsabilidade dos administradores por dívidas tributárias e a formação do polo passivo das ações penais nos crimes fiscais  
Gabriel Bertin de Almeida \_\_\_\_\_ 3

“*Mentes perigosas na academia*”: sobre plágios, responsabilidades, diagnósticos e estigmas  
Salo de Carvalho \_\_\_\_\_ 5

Medida de segurança detentiva: opção preferencial pelos pobres  
Oscar Mellim Filho \_\_\_\_\_ 8

A falaciosa identidade física do juiz no Processo Penal brasileiro  
Antonio Eduardo Ramires Santoro \_\_\_\_\_ 9

O anteprojeto do Código Penal e a extinção do livramento condicional  
Felipe Lima de Almeida \_\_\_\_\_ 10

As medidas cautelares diversas da prisão e a inversão ideológica do discurso garantista  
Raphael Boldt \_\_\_\_\_ 12

O reflexo da Lei de acesso à informação no sistema penitenciário brasileiro  
Marcos Aurélio Sloniak \_\_\_\_\_ 13

Banco de dados de perfis genéticos (DNA). As inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012  
André Nicolitt \_\_\_\_\_ 15

## | COM A PALAVRA, O ESTUDANTE:

Dialogando com o STF: lições colhidas por um estudante de direito a partir do HC 101.979  
Estêvão Nascimento Orcini \_\_\_\_\_ 17

## | DESCASOS

Na defesa de Marcelo  
Alexandra Lebelson Szafir \_\_\_\_\_ 18

## | Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ \_\_\_\_\_ 1645

## | JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal \_\_\_\_\_ 1649

Superior Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1650

Tribunal Regional Federal \_\_\_\_\_ 1651

Tribunal de Justiça \_\_\_\_\_ 1652

dos planos de políticas de atenção ao usuário e dependente, dentre outras medidas, o fomento a “parcerias com instituições religiosas e associações e organizações não governamentais na abordagem das questões do abuso de drogas”, o que configura interferência religiosa na política de drogas e viola a Constituição Federal em seu art. 19, I, que proíbe a subvenção estatal em cultos ou igrejas.

Diante disso, deve-se ter em mente que essa proposta de mudança na lei segue uma estratégia clara de ampliação da atuação (e do financiamento) das comunidades terapêuticas, ligadas, na maioria das vezes, a grupos religiosos, mas também a grupos laicos que se opõem à política de saúde mental que vinha sendo adotada pelo Ministério da Saúde, na priorização do atendimento na rede pública de saúde, no formato preferencialmente ambulatorial, por meio dos CAPS-AD.

Nesse sentido, ao invés de incrementar o investimento público no SUS e nos hospitais e centros públicos de atendimento, a proposta é muito clara ao beneficiar clínicas privadas e comunidades ditas “terapêuticas”,

## Restrição ilegal

Miguel Reale Júnior

Uma questão simples vem sendo cuidadosamente complicada por excesso de elucubração.

O Supremo Tribunal Federal, a partir do HC 81.611, relatado pelo Min. Cezar Peluso, entendeu carente de justa causa a ação penal quando pendente discussão na esfera administrativa acerca da exigibilidade do tributo. Na verdade, reconhecia-se a necessidade, para configuração do crime tributário, da comprovação da existência do tributo com o esgotamento da via administrativa confirmadora da existência dessa obrigação tributária.

Desde então, as interpretações passaram a ser várias sobre a natureza do crime tributário em face da exigência do reconhecimento da dívida tributária no âmbito administrativo. Em 11 de dezembro de 2009, editou o Supremo Tribunal Federal a Súmula Vinculante 24, segundo a qual: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1.º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*”.

Como destaca **Rogério Taffarello**, o lançamento do tributo não constitui elemento do tipo do crime tributário,<sup>(1)</sup> pois a norma penal refere apenas *tributo*, sendo o lançamento uma mera consequência no campo administrativo do reconhecimento da existência do tributo. A súmula erra, portanto, pois deveria apenas dizer: a configuração do crime tributário depende da prova da existência do tributo no âmbito administrativo.

Agora, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça, no HC 236.376/SC, relatado pelo Min. Sebastião Reis Júnior, editou: “*O termo a quo para a contagem do prazo prescricional em relação ao crime previsto no art. 2.º da Lei n. 8.137/1990 é o momento da constituição definitiva do crédito tributário, elemento imprescindível para o desencadeamento da ação penal*”.

Confundiu-se a comprovação da prática do crime com a consumação do crime ao se estabelecer que o termo *a quo*, para contagem do prazo prescricional, é o da constituição definitiva do crédito tributário. Ora, o prazo de prescrição se inicia a partir da consumação do crime, que se dá no instante em que se ilude o Fisco para reduzir ou suprimir o tributo incidente.

Os autores são unânimes em considerar os delitos previstos no

autorizando o custeio com dinheiro público do tratamento nesses estabelecimentos em caso de inexistência de vagas em programas estatais e possibilitando, inclusive, a redução das exigências de fiscalização.

Por todas essas razões, cumpre apontar para a necessidade de aprofundamento da discussão do referido projeto pela sociedade, eis que há vários equívocos e questões que precisam ser corrigidas de modo a se garantir o respeito à Constituição e aos direitos fundamentais dos cidadãos usuários de drogas. E, se levado à votação na forma como se encontra, há que ser **rejeitado** por configurar um retrocesso sem precedentes, devendo ser vetado o aumento de penas, garantida a política antimanicomial e ampliada a assistência pública a usuários na modalidade ambulatorial. Essa é a estratégia mais eficaz para a reinserção social e familiar dos dependentes, cabível a internação somente em casos extremos, conforme determinam a ética médica e os organismos internacionais de saúde – em plena conformidade com o ordenamento constitucional em vigor no Brasil.

art. 1.º e seus incisos da Lei 8.137/1990 como crime de dano, pois, no *caput*, explícita o legislador que o crime se corporifica apenas com a supressão ou a redução do tributo, a exigir, portanto, a lesão aos cofres públicos, consistente na diminuição efetiva da capacidade de arrecadação do Estado.<sup>(2)</sup>

**Brito Machado** reputa que “*elemento nuclear do tipo, como se vê, é a supressão ou a redução de tributo*”, e continua: “*sem tributo devido, que a conduta do agente tenha por fim suprimir ou reduzir, não se configura o crime*”.<sup>(3)</sup>

Destarte, é pressuposto do crime tributário, na previsão do art. 1.º e seus incisos, ou do art. 2.º I, da Lei 8137/1990, a existência de obrigação tributária, ou seja, a efetividade de uma relação jurídico-tributária entre o contribuinte e o Estado, caracterizada pela incidência do tributo a partir da ocorrência do fato gerador.

Assim, a existência da obrigação tributária nascente do fato gerador se coloca como *pressuposto* do crime tributário, ou seja, o tributo que se visa a suprimir ou a reduzir ou de cujo pagamento se pretende eximir.

Só mediante a ação fiscal finda, na qual se discutiu a procedência ou não da exigência tributária, é que se constata de um lado a existência do tributo e de outro a ocorrência, em vista de uma ação fraudulenta, da supressão ou redução do tributo devido. Contudo, a fraude que iludiu a incidência do tributo ou o não recolhimento deste na data marcada já ocorreu, quando, então, se consumou o crime.

A supressão ou redução de tributos é elemento constitutivo do crime e o seu instante de consumação.

Ora, o tributo é elemento constitutivo do tipo e não: (i) condição objetiva de punibilidade, como a ocorrência de dano no crime de abandono de animais previsto no art. 164 do CP, cuja punição fica a depender do fato praticado pelo animal de supervenientemente causar dano patrimonial a terceiro, ou, (ii) condição de procedibilidade, como na hipótese da exigência de requisição do Ministro da Justiça para a perseguição penal no crime contra a honra do Presidente da República, art. 145, parágrafo único, do CP.

Se o crime se consumou na prática da omissão ou ação que iludiu o Fisco como forma de fraudar o tributo devido, o processo administrativo apenas reveste de justa causa a ação penal ao comprovar que havia uma

obrigação tributária, um tributo devido. O processo administrativo apenas traz a prova do crime, mas não efetiva o crime já antes logicamente consumado, em data a partir da qual deve fluir o prazo prescricional.

Segundo a regra geral constante do art. 111, I, do CP, a prescrição começa a correr do dia em que o crime se consumou ou na tentativa, inciso II, da data em que cessou a atividade criminosa.<sup>(4)</sup> Há exceção, contudo, em relação ao crime de bigamia que tem por pressuposto a existência de casamento anterior, estatuidando o art. 111, IV, que neste caso a prescrição inicia-se não a partir do segundo casamento, mas sim da data em que o primeiro casamento tornou-se conhecido.

Não estabeleceu a lei penal, quanto ao crime tributário, qualquer exceção à regra geral de que a prescrição começa do dia em que o fato delituoso consumou-se, sendo uma restrição injusta, uma redução indevida do prazo prescricional, estatuir-se, sem expressa determinação legal, dever este ser contado da constituição definitiva do crédito tributário e não da consumação do crime, como dispõe o art. 111, I, do CP.

## A jurisprudência do STJ sobre a responsabilidade dos administradores por dívidas tributárias e a formação do polo passivo das ações penais nos crimes fiscais

*Gabriel Bertin de Almeida*

Fora da esfera criminal, quando se trata da cobrança de tributo devido, via execução fiscal, o Superior Tribunal de Justiça, há vários anos, consolidou o entendimento de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não enseja a responsabilidade do administrador.<sup>(1)</sup> Por outro lado, se comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos, o administrador responde pessoalmente, podendo a execução ser ajuizada (ou redirecionada) também contra ele, nos exatos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional.<sup>(2)</sup> Assim, cabe à Fazenda demonstrar desde logo que o administrador praticou ato ilegal ou abusivo para poder executá-lo.

Porém, apesar da consolidação do entendimento supra, que ainda permanece vigente, o mesmo Superior Tribunal de Justiça passou a entender que os dados constantes da certidão de dívida ativa (CDA) influenciam a distribuição do ônus da prova do ato ilícito ou abusivo. Segundo tal entendimento, se o nome do sócio consta da CDA, é dele o ônus da prova de que não houve qualquer infringência à lei, ao contrato etc. Se, por outro lado, da CDA não constar seu nome, cabe ao Fisco:<sup>(3)</sup> “Basicamente, conquanto afirme entender que a responsabilidade do sócio-gerente ou administrador pelo crédito tributário pressupõe a prática de ato ilícito, o STJ admite um regime de presunção amparado exclusivamente naquilo que dispuser a CDA, o título executivo que ampara a cobrança em juízo da dívida ativa pela via da execução fiscal (arts. 2.º e 3.º, Lei 6.830/1980)”.<sup>(4)</sup>

Portanto, embora a convivência dos dois entendimentos jurisprudenciais gere certa perplexidade, pois o segundo esvazia parcialmente o primeiro, na medida em que impõe ao devedor, via embargos (para alguns também via exceção de pré-executividade), a prova do que não fez, é certo que

### Notas

- (1) TAFFARELLO, Rogério Fernando. Impropriedades da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal e insegurança jurídica em matéria de crimes tributários. In: SILVA FRANCO, Alberto; LIRA, Rafael (Coord.). *Direito penal econômico – questões atuais*. São Paulo: RT, 2011, p. 319.
- (2) MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: RT, 1995, passim.
- (3) *Crimes contra a ordem tributária* cit., p. 114, vide, também, MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de direito penal tributário*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45 e s.
- (4) A bem ver, o art. 2.º, I, da Lei 8.137/1990 descreve a figura tentada do art. 1.º da mesma Lei e, o inciso II, descreve uma conduta omissiva cuja consumação se dá na data em que deveria se dar o recolhimento que não se efetiva. Diz este inciso: “II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”.

*Miguel Reale Júnior*

Professor Titular de Direito Penal da USP.

a jurisprudência cível atribui a devida importância ao esclarecimento, *ab initio*, das condições em que alguém pode vir a responder judicialmente a uma execução fiscal.

Nesse contexto, pode-se afirmar com segurança que, em regra, não se pode incluir no polo passivo de execução fiscal sem a apresentação de prova pré-constituída, o administrador ou o sócio-gerente, salvo se a CDA trouxer o nome do administrador.

Na esfera penal, por sua vez, é sabido que o ajuizamento de ação penal pelo crime de sonegação fiscal depende da constituição definitiva do tributo e, conseqüentemente, do encerramento do procedimento administrativo fiscal, nos termos da Súmula Vinculante 24 do Supremo Tribunal Federal. Apesar desse “empecilho”, é sabido ainda que boa parte da jurisprudência admite a inclusão dos administradores em geral no polo passivo da ação penal, sendo suficiente que os estatutos ou contratos sociais prevejam os poderes respectivos. Ilustrativamente, veja-se mais longamente a seguinte decisão, representativa de um grande universo de julgados: “(...) É fato incontroverso que, à época dos fatos (que se estenderam durante todo o ano de 2001), os pacientes detinham participação no capital social da empresa (...). É certo também que na aludida alteração, promovida em 16 de novembro de 1992, pelos termos da cláusula 4.ª (f. 973), os dois pacientes passaram a assinar em nome da empresa (...). Vale dizer, a partir de então, ao menos formalmente, eles passaram a deter poderes de gerência e administração da empresa. (...) Logo, conclui-se que, à época dos fatos narrados na denúncia – ano de 2001 – os pacientes exerciam cargos de administração e gerência da empresa e presumivelmente tinham conhecimento das operações descritas na inicial e que visariam à prática de crime tributário. (...)”

Assim, a tese de que não haveria justa causa para a propositura da ação penal em face dos pacientes cai por terra, na medida em que formalmente eles detinham poderes gerenciais e de administração na empresa. Se tais poderes eram meramente formais e os pacientes jamais praticaram quaisquer atos de gestão, caberá a eles comprovar no curso da instrução, bem como a sua ignorância e não assentimento em relação à prática dos supostos atos ilícitos. (...) O argumento de que sujeitar os pacientes denunciados a um longo e dispendioso processo-crime por si só não autoriza o pretendido trancamento da ação penal. Incumbia aos acusados, então, na fase do art. 396-A do CPP, ao oferecer a resposta, tentar obstar o seguimento do feito, demonstrando a alegada falta de justa causa para a propositura da ação penal em face deles, mediante a comprovação de plano do concreto não exercício de quaisquer atos de administração, gestão ou gerência da empresa e afastando a presunção gerada pelos poderes a eles conferidos no contrato social. No entanto, ao oferecer a resposta preliminar, os pacientes limitaram-se a negar que tivessem praticado qualquer ato de gestão da empresa, dizendo que era o sócio majoritário – e já falecido – o único a exercer tal mister. Não apresentaram, contudo, nenhuma prova capaz de afastar a presunção gerada pelas disposições do contrato social que lhes conferiam poderes para assinar em nome da empresa. Não era necessário, portanto, que o Ministério Público ouvisse os pacientes ou outras testemunhas para confirmar se eles efetivamente praticavam atos de gestão, ou ainda, em caso negativo, se tinham conhecimento dos fatos e com eles anuíram. Ou seja, incumbia aos pacientes desconstituir a presunção constituída em seu desfavor.”<sup>(5)</sup>

Assim, jurisprudência criminal tem admitido, contrapondo-se até mesmo à jurisprudência cível (mais rigorosa), a inclusão de qualquer administrador no polo passivo de ação penal pelo crime de sonegação fiscal ou similar, independentemente de apuração prévia para além do contrato ou do estatuto do efetivo exercício dos poderes de gestão. Na esfera criminal, segundo o entendimento supra, pouco importa também que o nome desse administrador conste ou não da CDA. A acusação, em qualquer hipótese, para efeito de sua admissão, não teria o ônus de provar a autoria. Ele que se vire para mostrar o que não fez.

Tal entendimento, apesar de corriqueiro, causa perplexidade, por ser visivelmente equivocado. Não se pode presumir, nem para efeito de admissão da ação, que aquele que conste como administrador tenha sonegado o tributo. Em que pese tal entendimento facilitar muito a vida do acusador, que acaba apresentando denúncia sem inquérito policial, simplesmente anexando o procedimento administrativo fiscal (quando muito, no inquérito, ouve-se o próprio administrador, que já sai indiciado), não é exagerado exigir que o investigador/acusador ao menos chame os sócios e testemunhas (como os funcionários da empresa), para perguntar quem tinha a responsabilidade pelo pagamento dos tributos. Sem que atos singelos como esses sejam realizados na fase investigativa, uma acusação por crime fiscal perpetrado pela pessoa jurídica, contra todos os sócios ou administradores, é, no mínimo, precipitada. Como já decidiu o Min. Celso de Mello, “não tem sentido, sob pena de grave transgressão aos postulados constitucionais, permitir-se que a discriminação da conduta de cada denunciado venha a constituir objeto de prova a ser feita ao longo do procedimento penal”.<sup>(6)</sup>

Como se sabe, é comum que sócios administradores atuem, sobretudo em grandes empresas, nas mais variadas funções (comercial, industrial, recursos humanos, logística etc.), não raro sem qualquer poder de determinar a política fiscal delas. Não se pode ajuizar uma ação, que, como se sabe, durará vários anos, para tentar se desvendar, apenas durante a instrução, quem era o responsável pelo pagamento do tributo e, ao final, simplesmente dizer algo como “sinto muito pelo incômodo, mas seu nome estava no contrato social”. Em outras palavras, com o perdão da obviedade, a investigação criminal é o foro adequado para o esclarecimento de tal fato, básico, elementar, pressuposto lógico do ajuizamento da ação penal. Excesso de serviço, celeridade, nada disso dispensa a obtenção, antes da denúncia, de informações tão básicas.

Veja-se, sobre o tema, a doutrina: “Muitas vezes, contudo, trata-se de empresas familiares onde a gerência é de responsabilidade de um dos sócios e o outro apenas consta no contrato social, sem nenhuma participação ativa na empresa. Há, ainda, sócios elencados no contrato social como tendo poderes de gerência não exercidos efetivamente. (...) Não se quer com isso defender a tese de que para oferecimento da denúncia deve haver a certeza da participação do agente no delito, pois o princípio a ser observado em tal fase processual é o do in dubio pro societate, mas não é possível utilizar-se de tal expediente para deixar de investigar fatos típicos com a cautela necessária, mormente quando a autoria pode ser facilmente apurada, no mais das vezes, com a simples oitiva dos sócios, evitando, assim, que pessoas sejam processadas criminalmente sem qualquer necessidade, gerando inconvenientes tanto para os réus, quanto para a própria administração da Justiça”.<sup>(7)</sup>

Há, é verdade, ainda que sem uniformidade, precedentes do Superior Tribunal de Justiça,<sup>(8)</sup> entre outros tribunais, contrários a esse estado de coisas. Porém, insuficientes para coibir a avalanche de decisões que admitem a acusação por mera presunção, sem qualquer prova idônea preconstituída.

De todo modo, é sempre importante ressaltar que a inclusão de alguém no polo passivo de ação penal, submetendo-o ao longo processo que se põe à frente, causa grave constrangimento, comprometendo sua dignidade pessoal. Por isso, é injusto admitir o prosseguimento da ação para “melhor esclarecimento dos fatos”, suprindo-se a deficiência (ou inexistência) da investigação. A fase de recebimento da denúncia é crucial para a garantia de direitos fundamentais do indivíduo denunciado. “Mais do que uma peça processual que deve cumprir os requisitos do art. 41 do CPP, a denúncia é o instrumento por meio do qual o órgão julgador pode avaliar a efetiva necessidade de submeter o indivíduo às agruras do processo penal”.<sup>(9)</sup> Este é o motivo da prudência necessária nesse juízo de admissibilidade.

## Notas

(1) Ilustrativamente: “O redirecionamento da Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa é cabível apenas quando demonstrado que agiu ele com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo o simples inadimplemento de obrigações tributárias” (STJ, AgRg no REsp 1308982/RS, 2.ª T., Rel. Min. Humberto Martins, j. 15.05.2012).

“É igualmente pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que a simples falta de pagamento do tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do CTN. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa (REsp 374.139/RS, 1.ª Seção, DJ de 28.02.2005)” (STJ, REsp 1101728/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11.03.2009).

(2) “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”

(3) “A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos ‘com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos’” (STJ, REsp 1104900/ES, 1.ª Seção, Rel. Min. Denise Arruda, j. 25.03.2009).

“Constando na CDA o nome do sócio contra quem se pretende direcionar a execução, atribui-se-lhe o ônus de demonstrar a ausência de responsabilidade tributária, não se admitindo exceção de pré-executividade para esse fim” (STJ, Ag no REsp 1259367AM, 2.ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. 08.05.2012).

(4) GONÇALVES, Daniella Z.; RIBEIRO, Fernando M. Art. 135, III, do CTN: a responsabilidade dos administradores por dívidas tributárias na

- jurisprudência. *Revista do Advogado* 118/35.
- (5) TJPR, HC 909975-6, 2.ª Câm. Crim., Rel. Lilian Romero, j. 14.06.2012.
- (6) STF, HC 86.879/SP, j. 21.02.2006.
- (7) OLIVEIRA, Luiz Renato. Reflexões sobre os crimes tributários. *RBCCRIM* 86/222, set.-out., 2010.
- (8) “O simples fato de ser sócio ou administrador de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua função na empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva” (STJ, HC 17872, 5.ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 27.09.2005). No mesmo sentido, ainda exemplificativamente: STJ,

- HC 32116, 5.ª T., Rel. Min. J. Arnaldo da Fonseca, DJ 06.12.2004, p. 342 e STJ, HC 86718, 5.ª T., Rel. Min. Félix Fischer, DJ 03.12.2007, p. 348.
- (9) STF, Recebimento da Denúncia 3898-3, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.08.2009.

**Gabriel Bertin de Almeida**

Mestre e Doutor em Filosofia pela USP.

Professor de Direito Penal e Processual Penal nos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da PUC-PR.

Advogado.

## “Mentes perigosas na academia”: sobre plágios, responsabilidades, diagnósticos e estigmas<sup>(\*)</sup>

*Salo de Carvalho*

“*Os psicopatas são os vampiros da vida real (...). Podemos considerá-los autênticas criaturas das trevas, possuem um extraordinário poder de nos importunar e de nos hipnotizar com o objetivo maquiavélico de anestesiar nosso poder de julgamento e nossa racionalidade. Com histórias imaginárias e falsas promessas nos fazem sucumbir ao seu jogo e, totalmente entregues à sorte, perdemos nossos bens materiais e somos dominados mental e psicologicamente.*”

“*Tenha absoluta certeza: o problema são eles. São vampiros humanos ou, se preferir, predadores sociais. Eu adoraria dizer que encontrá-los por aí é algo raro e improvável, mas se assim eu o fizesse, estaria agindo como um deles: mentindo, omitindo a verdade, impossibilitando-o de se precaver contra as suas maldades e perversidades*” (SILVA, 2008: 42).

1. A psiquiatra, autora dos *best-sellers* *Mentes perigosas*, *Mentes ansiosas* e *Bullying: mentes perigosas na escola* – título que inspira este artigo –, está sendo acusada de plágio. A originalidade de várias das suas obras foi contestada na Justiça por colegas investigadores nas áreas da Psiquiatria e Neurociências. Isso significa, em termos jurídico-penais, que existe contra a autora, consultora da roteirista Glória Perez para construção de personagens psicopatas protagonistas de *soap operas* nacionais, uma imputação de crime contra a propriedade intelectual (violação de direitos do autor, art. 184 do Código Penal).

Segundo reportagem da *Folha de S. Paulo*, o livro *Mentes ansiosas* foi retirado do mercado a partir de decisão judicial que, em sede liminar, concluiu: “*a análise das duas obras revela semelhanças notórias, sendo que ambas apresentam diversos excertos longos com praticamente o mesmo conteúdo, simplesmente com alterações no estilo da escrita*” (*Folha de S. Paulo*, 01.03.2013).

A tentação de fazer um diagnóstico da autora a partir dos elementos trazidos pela reportagem é grande, confesso.

Seria possível, utilizando a escala PCL-R (*Hare Psychopathy Checklist Revised*) – desenvolvida por Robert Hare para análise de transtornos de personalidades antissociais (TASP), utilizada pela autora em seu estudo *Mentes perigosas: a psicopatia mora ao lado* –,<sup>(2)</sup> dizer que Ana Beatriz (1.º) é altamente sedutora ao apresentar, em palestras, entrevistas e aulas, as ideias desenvolvidas em seus livros; que (2.º) desenvolveu uma grande autoestima a partir da popularização das suas obras; que, no entanto, (3.º) apresenta um grau elevado de mentira (mentira patológica) ao sustentar como as suas pesquisas de outros pesquisadores, situação que (4.º) indicaria elementos notórios de esperteza e manipulação; que (5.º) é inegável a falta de remorso e de culpa da autora, o que seria possível comprovar na reiterada negação do fato (plágio), ou seja, que não demonstraria qualquer tipo de arrependimento pela usurpação de obra alheia; que (6.º) apresentaria sinais de superficialidade emocional ao persistir no uso de trabalhos de terceiros

mesmo após as denúncias (inúmeras obras são acusadas de apropriação de trabalhos alheios, segundo a reportagem), fato que (7.º) revelaria um nível alto de insensibilidade e de falta de empatia; e, sobretudo, que (8.º) a autora falha em aceitar a responsabilidade decorrente dos seus erros. Não há na reportagem qualquer dado sobre a infância de Ana Beatriz, sugerindo a prática de agressões contra animais. Mas segundo os dados fornecidos pelo periódico, este seria o único item da escala 1 do PCL-R em que haveria alguma espécie de dúvida quanto aos critérios para definição de uma personalidade marcada pelo narcisismo agressivo.

Além disso, seria possível perceber na *acusada* dos sucessivos crimes contra a propriedade intelectual alguns sinais de “estilo de vida socialmente desviante” (escala 2), como (1.º) “comportamento parasitário” mediante a manutenção do seu *status* em decorrência do trabalho dos seus manipulados (autores plagiados); (2.º) “incapacidade de enxergar as consequências das suas ações no futuro” (processos criminal e civil de responsabilização); (3.º) “impulsividade”; (4.º) “irresponsabilidade”.

Registro, porém, para que nenhuma dúvida exista acerca da ironia do artigo, que a livre manipulação desta escala, no “caso Ana Beatriz”, serve apenas como uma *metáfora*, uma espécie de *licença científica* para tratar de temas recorrentes (diagnósticos, estigmas e responsabilidades) nesta complexa relação entre os campos *ius* e *psi*. Deixo explícito, portanto, desde o princípio, que não acredito na pertinência ética e na validade científica destas “escalas de medição do mal”, fundamentalmente porque entendo que este tipo de técnica opera a partir de perspectivas causais-deterministas e essencialistas, pouco adequadas aos padrões epistemológicos da contemporaneidade. Ademais, fundamental referir que, assim como qualquer outra perspectiva científica, esta técnica carrega e sustenta um projeto político (no caso um projeto político-criminal) muito bem definido e que produz, na atualidade, um volume inominável de pessoas vulneráveis à criminalização, tanto pela exclusão formal em cárceres e em manicômios, quanto pela exclusão simbólica que se concretiza no cotidiano através dos estigmas e preconceitos.

2. A tentação de propor uma avaliação que permita perceber na autora atitudes insensíveis voltadas exclusivamente à obtenção de *status*, poder e prazer (traços indicativos de uma personalidade antissocial), a partir dos dados colhidos pela reportagem, decorre do fato de Ana Beatriz atuar exatamente dessa forma em inúmeras entrevistas. Em várias oportunidades, sobretudo em programas de grande audiência, a acusada tem realizado diagnósticos de “personalidades nocivas”, “pessoas incapazes de ter afeto”, “predadores da vida real”, “personalidades más em sua essência” – nesse sentido, por exemplo, conferir os programas “Happy Hour” (GNT, 05.11.2008); “Sem Censura” (TVE, 06.11.2008); “Alternativa Saúde” (GNT, 01.04.2009); “Mais Você”

(Globo, 14.03.2011), todos disponíveis na *web*. Nos shows televisivos mencionados, a psiquiatra, em inúmeras oportunidades, “diagnóstica” pessoas a partir de elementos genéricos narrados pelos âncoras ou pelos jornalistas. Após a narrativa, a *expert* realiza o enquadramento do sujeito idealizado nas categorias de psicopatia leve, moderada e severa.

Todavia, neste ponto creio importante não avançar na irônica e metafórica propositura de um diagnóstico – inclusive porque não sou profissional da área – e seguir o alerta da própria Ana Beatriz de que sejam cuidadosas quaisquer avaliações precipitadas, notadamente porque “*o PCL é uma complexa ferramenta cuja utilização clínica somente deve ser feita por profissionais ou serviços qualificados (...)*”; e que “*muitas pessoas podem ser sedutoras, impulsivas, pouco afetivas ou até mesmo terem cometido atos ilegais, mas nem por isso são psicopatas*” (SILVA, 2008: 68).

A propósito **Hoenisch, Pacheco e Cirino** demonstram o equívoco que é o de “*julgar-se capaz de falar (analisar) sobre um discurso que não se escutou, no caso do produzido pelo sujeito ‘acusado’*”. Assim, indagam os autores, “*como podemos, na condição de (re)produtores de um conhecimento que se busca legítimo acerca do humano, falar sobre um caso a partir de notas de jornais, ou fragmentos de entrevistas televisivas?*” (HOENISCH, PACHECO & CIRINO, 2009: 86).

Nesse sentido, para além do extremo cuidado no uso desta ferramenta de precisão questionável, entendo que propor um diagnóstico de Ana Beatriz representaria uma inominável ofensa ética – porque não é justificável, sob hipótese alguma, que alguém seja avaliado, rotulado e exposto publicamente –, e constituiria um grave equívoco dos pontos de vista *teórico* e *metodológico*. Do ponto de vista conceitual, o conjunto de erros refere-se à dubiedade das categorias utilizadas para enquadrar o comportamento desviante; do ponto de vista metodológico, diz respeito à forma técnica para apreender este conteúdo altamente maleável.

3. A primeira questão diz respeito aos *equívocos teóricos*. Não diz respeito, portanto, aos critérios utilizados pelo *expert* para aferir se o sujeito é “sedutor”, “esperto”, “manipulador”, “insensível”, “superficial emocionalmente” e “impulsivo” ou se apresenta “ausência de remorso”, “incapacidade de culpa”, “falta de empatia”, “comportamento parasitário”; mas ao *significado* e aos *limites na interpretação* dessas categorias (análise *conceitual*).

A análise dos critérios expostos nas escalas do tipo PCL-R – critérios que são utilizados como referenciais em inúmeras perícias e laudos no processo penal (por exemplo, laudos criminológicos, exames de cessação de periculosidade e avaliação de inimputabilidade) – revela não apenas dubiedade e volatilidade conceituais como possibilita julgamentos marcadamente morais que acabam por substituir valorações de fatos por juízos de valor indemonstráveis (por exemplo, valoração, esperteza, manipulação e insensibilidade afetiva). Nota-se, ainda, que o conteúdo de muitas destas categorias se confunde ou permite uma dupla (ou tripla) valoração do mesmo elemento de fato (*bis in idem*) – o fato de o sujeito não admitir o erro, por exemplo, pode ser considerado um indício de que é insensível, mas, ao mesmo tempo, permite aferir que é superficial emocionalmente e incapaz de culpa, circunstância que produz, sob uma mesma base empírica (inadmissibilidade do erro), valorações múltiplas na mesma escala de avaliação.

Outrossim, se tais valorações são possíveis (cabíveis) no âmbito da Psiquiatria e da Psicologia ortodoxas (positivistas), em termos jurídico-processuais são inválidas em decorrência do seu conteúdo moral (limite material) e da impossibilidade de refutabilidade e de exercício do contraditório (limite processual). Nos termos expostos por **Ferrajoli** (1998), uma prova processual somente é válida se passível de refutação empírica, ou seja, quando é baseada em *fatos* e não em *juízos* ou *impressões*. A valoração judicial deve ser feita, portanto, a partir de *dados concretos* e não realizada sobre outras valorações (metavaloração ou valoração de valoração). Ademais, os fatos a serem analisados devem ter estreita relação (nexo de causalidade) com o fato imputado (no caso, o delito). Por este motivo, na novela de Camus (1991), Meursault deveria ter sido julgado exclusivamente pelo assassinato do árabe e não pelo fato de não ter chorado no enterro da mãe. Do contrário, estar-se-ia legitimando um modelo de Direito Penal do autor, vedado nos sistemas democráticos

de Direito Constitucional (CARVALHO, 2008; CARVALHO, 2013).

Determinadas valorações (juízos) são processualmente inválidas nos modelos de Direito Penal do fato porque impedem que os argumentos sejam empiricamente refutados (contraditados), exatamente por serem sustentadas em *hipóteses* e não em *dados objetivos*. Tome-se, por exemplo, os casos de atribuição de “insensibilidade moral”, “esperteza” ou “sedução” a determinada pessoa. Qualquer afirmação (positiva ou negativa) acerca dessas imputações decorre muito mais de um valor atribuído pelo intérprete, sempre a partir do seu código moral, do que propriamente da análise de dados relativamente objetivos que possam ser confrontados com outros elementos empíricos. Não por outra razão é vedado na instrução penal que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato (art. 213 do Código de Processo Penal).

No entanto, no campo jurídico-penal, em inúmeras situações (laudos na execução das penas e das medidas de segurança, por exemplo), as apreciações dos *experts* das áreas *psi*, materializadas no processo de interpretação e de atribuição de significado do conteúdo destas categorias abertas, ingressam judicialmente como argumentos de autoridade. A qualidade de perícia técnica possibilita, pois, em várias situações processuais, que determinados juízos (morais) enunciados pelos *experts* sejam reconhecidos como prova científica. Trata-se, porém, de um procedimento de manipulação com a finalidade de validação de uma prova inválida. Inválida porque se estas mesmas categorias de análise (categorias psiquiátricas) integrassem tipos penais incriminadores (elementares típicas), dificilmente subsistiriam a um rígido controle de constitucionalidade, exatamente em razão da sua vagueza, ambiguidade e imprecisão (tipos penais lacunares e contraditórios). Assim, o que se há em termos jurídicos é uma análise de circunstâncias extratípicas e de elementos acerca da individualidade/identidade do acusado, o que, em decorrência do fato de estarem para além dos horizontes do tipo penal imputado, não podem ser valorados sob pena de ofensa aos princípios da legalidade penal e da secularização do direito. Não é demais lembrar que o Direito Penal, nos Estados Democráticos de Direito, responsabiliza as pessoas por fatos que ofendem bens jurídicos palpáveis (Direito Penal do fato); não criminaliza ou pune estados ou condições pessoais (Direito Penal do autor) (CARVALHO, 2008; CARVALHO, 2013).

4. A segunda questão diz respeito ao *equívoco metodológico*, normalmente perceptível no fato de grande parte das pesquisas sobre comportamento criminal ter como *objeto de investigação* grupos previamente selecionados como “criminosos” – lembre-se, por exemplo, da proposta de pesquisa neurológica com adolescentes em conflito com a lei no Rio Grande do Sul há alguns anos.

Ao operar sobre um grupo previamente selecionado (criminalizado) – mesmo havendo estudo e aplicação das mesmas escalas em “populações de controle”, ou seja, em grupo de indivíduos considerados “não delinquentes” –, o resultado desta escolha metodológica acaba sendo influenciado por uma variável que pode ser definida como “*profecia que se autocumpr*” (*self-fulfilling-prophecy*), na tradicional construção de **Lemert** (1967) e **Schur** (1971), quando lançadas as bases do paradigma do etiquetamento (*labelling approach*). Neste cenário de eleição prévia da população delincente, o pesquisador já parte de uma hipótese consolidada: o objeto de investigação é um criminoso; ou o criminoso é um psicopata.

Assim, cabe ao *expert* reconstruir a história de vida do investigado e colher aqueles elementos parciais que apontam e comprovam o ato final (crime). Trata-se, portanto, sempre de um *diagnóstico retrospectivo*: a partir de uma hipótese (o sujeito é criminoso ou o criminoso é um psicopata), são cuidadosamente selecionados eventos da sua vida que, primeiramente, indiciam ou sugerem, e, posteriormente, comprovam aquele comportamento criminal (neste sentido, conferir HOENISCH, 2002; PACHECO, 2011). Por outro lado, a população de controle em pouco auxilia na compreensão da hipótese. Pelo contrário, atua sempre como um instrumento ou uma variável de comprovação da tese central, pois o mesmo procedimento é realizado, só que em sentido inverso – ou seja, são selecionados eventos parciais da vida das pessoas que compõem o grupo de controle que indicam não serem criminosos e/ou psicopatas.<sup>(3)</sup>

Além disso, por mais representativa que seja a amostra do grupo de pesquisa (amostra e população de controle), as variáveis acerca da seletividade do sistema punitivo e das cifras ocultas expostas pela criminologia crítica sempre marcarão uma diferença radical entre as formas de interpretação do fenômeno: o foco na *criminalidade* como um dado da natureza (paradigma etiológico, criminologia ortodoxa); a análise da criminalização como uma construção político-criminal (paradigma do conflito, criminologia crítica).

Em termos processuais penais, este diagnóstico retrospectivo pode ser aproximado daquilo que **Franco Cordero** (1986) designa como “primado das hipóteses sobre os fatos”, a *forma mentis* que caracteriza o estilo inquisitorial de reconstrução da verdade. Neste procedimento, o inquisidor afirma previamente uma hipótese e depois reconstrói ou manipula os dados (provas, eventos ou circunstâncias) com o objetivo da sua comprovação. Assim, a profecia se autocumprir, mas de forma inversa; não do presente para o futuro, mas de *determinado* passado para o presente (e, logicamente, em momento posterior, para o futuro, em termos de “periculosidade”).

**Jock Young** (2002) denomina esta técnica de exclusão de “essencialização do crime e do criminoso”. Toda a história de vida do sujeito é interpretada como um momento preparatório do grande evento que é o crime; momento de regressão atávica ao estado de barbárie que o criminoso não conseguiu superar e atingir a maturidade civilizatória (CARVALHO, 2013). A essencialização aprisiona, portanto, tanto o passado (que é apenas um momento preliminar) quanto o futuro (que vive da expectativa da repetição) do desviante. A não repetição é apenas um estado de ebulição, pois a potência (delitiva) inexoravelmente será transformada em ato. Se a recidiva não se manifestar, é decorrência da ausência de tempo suficiente para a *potentia criminalis* emergir.

5. A falha mais grave, porém, em todo este procedimento de análise e etiquetamento de “mentes perigosas”, é a de natureza ética, pois o pesquisador que opera esta técnica aniquila a pessoa; substituindo a sua identidade pelo rótulo inextirpável do “sujeito perigoso”. Assim, concretizada a *essencialização*, a leitura da história de vida do sujeito e a expectativa quanto ao seu comportamento futuro são reduzidas a um estigma fixo e imutável que o aprisiona: o crime. O sujeito é anulado, subsistindo apenas a imagem idealizada no rótulo (ou no dado estatístico, se a preocupação for restrita à lógica gerencialista).

Exatamente por isso não é eticamente justo e cientificamente válido aplicar contra Ana Beatriz esta técnica de exclusão e de aniquilamento do ser. A autora, como todo mundo, merece ser preservada neste momento de fragilidade e somente poderá ser responsabilizada, civil ou criminalmente, após enfrentar um devido processo, respeitados o contraditório, a ampla defesa e, sobretudo, a presunção de sua inocência.

Não obstante, ao final, o que interessa ao campo jurídico para aferir responsabilidade pelo crime é a (in)existência de provas concretas de que Ana Beatriz se apropriou do trabalho intelectual dos seus colegas. Nada mais. Sobretudo porque não deve influenciar na responsabilização ou na punição o fato de Ana Beatriz não ter derramado lágrimas no velório de sua mãe. Metáfora que pode ser concretizada no sensacionalismo, na virulência e na agressividade com a qual a acusada, em seus textos e entrevistas, se refere, invocando pânico morais àqueles sujeitos que rotula como “vampiros da vida real” ou “criaturas das trevas”.

## Referências Bibliográficas

- CAMUS, Albert. *O estrangeiro*. 3. ed., Rio de Janeiro: Record, 1999.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Pena e garantias*. 3., ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 5. ed., Roma: Laterza, 1998.
- HOENISCH, Julio. *Divã de procusto: critérios para a perícia criminal no Rio Grande do Sul*. Dissertação (Mestrado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia da PUCRS, 2002.
- \_\_\_\_\_; PACHECO, Pedro; CIRINO, Carlos. Transgressão, crime, neurociências: impasses aos saberes da psicanálise? *Estudos de Psicanálise*, n. 32, 2009.
- LEMERT, Edwin. *Human deviance, social problems and social control*. New Jersey: Prentice-Hall, 1967.
- MORANA, Hilda. *Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira*. Tese (Doutorado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Psiquiatria da USP, 2003.
- PACHECO, Pedro. *Pesquisas do cérebro e psicopatias: a potencialidade do criminoso justificada por saberes científicos*. Tese (Doutorado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia da PUCRS, 2011.
- SCHUR, Edwin. *Labeling Deviant Behavior: its sociological implications*. New York: Harper & Row, 1971.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.
- YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

## Notas:

- (\*) Agradeço a Carolina dos Reis, Felipe Oliveira, Julio Hoenish, Lilian Reolon, Marcelo Mayora, Mariana Garcia, Mariana Weigert e Renata Costa pela leitura e pelas contribuições.
- (2) “Com esse instrumento [PCL-R], o diagnóstico da psicopatia ganhou uma ferramenta altamente confiável que pode ser aplicada por qualquer profissional da área da saúde mental (...). O PCL examina de forma detalhada diversos aspectos da personalidade psicopática, desde os ligados aos sentimentos e relacionamentos interpessoais até o estilo de vida dos psicopatas e seus comportamentos evidentemente antissociais (transgressores)” (SILVA, 2008: 67).
- (3) Veja-se, por exemplo, a seleção da amostra e do grupo de controle de uma das pesquisas de validação da escala PCL-R no Brasil: “os sujeitos de experimentação foram avaliados no Instituto de Medicina Social e de Criminologia do Estado de São Paulo (IMESC); ou estavam cumprindo pena na Penitenciária do Estado de São Paulo; no centro de Observação Criminológica (SP); Casa de Custódia de Taubaté (SP), Hospital de Custódia André Teixeira Lima (Cidade de Franco da Rocha, SP) ou ainda na Penitenciária de Itai (SP)” (MORANA, 2003: 77).
- “Todos estes indivíduos cumpriam pena em diversos presídios no Estado de São Paulo, exceto um deles, que foi selecionado em ambulatório (...). Uma amostra de 30 indivíduos sem antecedentes criminológicos ou psiquiátricos, que não preencheram critérios para TIAS, foi usada como controle” (MORANA, 2003: 78).
- “Foram selecionados [para a população de controle] sujeitos conhecidos da autora e da psicóloga auxiliar da pesquisa, assim como parentes e amigos que, devido ao longo convívio (em média 10 anos), sabia-se da vida pregressa isenta de transtornos, quer sejam psiquiátricos, psicológicos ou da esfera judicial (negativos para registro criminal no Fórum Criminal Central Mario Magalhães)” (MORANA, 2003: 82).

**Salo de Carvalho**  
Doutor em Direito (UFPR).



DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

### DIRETORIA EXECUTIVA

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

### 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

# Medida de segurança detentiva: opção preferencial pelos pobres

Oscar Mellim Filho

Interessante, sob todos os aspectos, a Mesa de Estudos e Debates sobre o tema “Saúde mental e justiça: as medidas de segurança diante da Lei antimanicomial”, realizada pelo IBCCRIM em São Paulo, no dia 24 de novembro passado, com a participação da antropóloga Dra. Débora Diniz e do Promotor de Justiça Dr. Haroldo Caetano da Silva.

Da fala oportuna e apropriada dos palestrantes, chama à atenção a omissão dos juristas e operadores do Direito para a situação das medidas de segurança e sua real aplicação no País, mormente para aqueles réus que, absolvidos em razão de comprovada imputabilidade, são levados a prisões piores que as prisões comuns, as assim chamadas Casas de Custódia e Tratamento. Lembra, a propósito, **Cezar Bitencourt** que a odiosa medida de segurança encontra-se esquecida pelos doutrinadores de escol, que consomem milhares de resmas de papel teorizando sobre a culpabilidade e os fins e objetivos da pena, mas furtam-se a problematizar a desumanidade e a ilegitimidade das medidas de segurança, por tempo indeterminado.<sup>(1)</sup>

É certo que a reforma psiquiátrica, o movimento antimanicomial e a própria Lei 10.216/2001 nunca chegaram a ultrapassar as trincheiras do Direito Penal. Pior do que isso, a alternativa à internação dos portadores de transtorno mental, prevista no próprio Código Penal, mesmo nas hipóteses de recomendação psiquiátrica, dificilmente se concretiza, ante a situação catastrófica da saúde pública no país, especialmente para aqueles que necessitam do apoio e acompanhamento do Estado para o tratamento fora dos muros dos manicômios.

Na prática, aos sentenciados pobres e sem apoio familiar resta mesmo a internação psiquiátrica, com todos os horrores que a caracterizam. Trata-se de mero discurso crítico-ideológico? Basta um olhar para os feitos que tramitam perante as Varas de Execução Criminal para se convencer da resposta negativa.

Em um desses casos, em que o sentenciado foi absolvido – em processo por delito contra o patrimônio – e sofreu medida de segurança de internação pelo prazo mínimo de um ano, após longo período em cárcere comum de Penitenciária do Estado de São Paulo, novo laudo pericial médico recomendou a conversão em tratamento ambulatorial, desde que houvesse apoio familiar. Relatório encomendado à Assistência Social do presídio em que se encontrava concluiu que a família do sentenciado não tinha condições nem estrutura para viabilizar o apoio necessário: paciente com deficiência mental leve, pai falecido, genitora idosa vivendo em condições de pobreza absoluta, irmãos desamparados com doença em família, convivendo todos com rendas inferiores a um salário mínimo.

Tornava-se imperioso, pois, o recurso ao sistema de proteção

social do Estado e do Município para o devido tratamento em unidades de atendimento psiquiátrico. Nos autos, a autoridade judiciária não cuidou sequer de provocar a Administração Pública para efetivar o tratamento, sabedora, talvez, de que, de fato, o Estado não dispõe de meios suficientes para a tarefa, que constitui sua obrigação legal e direito do cidadão, como dispõe a Lei 10.216/2001. Pouco tempo depois, novo laudo psiquiátrico foi trazido para os autos e deu ao caso a solução mais cômoda para o Estado e a Sociedade, recomendando a internação do sentenciado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Eis a nova e clássica conclusão pericial: “Examinado é portador de retardo mental. Periculosidade, enquanto consequência de doença mental pode ser considerada não cessada. Sugerimos transferência para o HCTPI”.

A solução não é nova. Em artigo publicado em 1785, na França iluminista, **Jean Colombier** e **François Doublet** já constatavam que os ricos têm tratamento diverso dos pobres. As famílias buscam auxílio na ciência e procuram evitar que seus insanos convivam com outros insanos. Com os pobres não se dá o mesmo, já que não há recurso suficiente para mantê-los. É necessário prender os insanos que perturbam a sociedade e se mostrem perigosos, como os andarilhos insanos.<sup>(2)</sup>

No caso examinado, a sugestão médica foi imediatamente aceita pelo Juízo da Execução: “Deve ser acolhida a sugestão médica de internação no Hospital de Custódia (regime fechado), para que ele inicie evolução positiva no tratamento da doença”.

De observar que a referência da decisão judicial ao “regime fechado” põe a nu a verdadeira natureza da medida de segurança detentiva e a necessidade e oportunidade de sua imposição, aos cidadãos desprovidos de recursos financeiros e de proteção familiar.

## Notas

- (1) BITENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal*: Parte geral. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2010; p. 786.
- (2) COLOMBIER, Jean; DOUBLET, François. Instruções sobre como controlar os insanos e trabalhar para sua cura nos asilos que lhe são destinados. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, v. 15, n. 1, São Paulo, mar., 2012, p. 113-137.

Oscar Mellim Filho

Doutor em Ciências Sociais (PUC-SP).

Procurador de Justiça (MP-SP).

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661 -

### COORDENADOR-CHEFE:

Rogério Fernando Taffarello

### COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília de Souza Santos,  
José Carlos Abissamra Filho,  
Matheus Silveira Pupo e  
Rafael Lira

### CONSELHO EDITORIAL:

Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, Anderson Bezerra Lopes, Andre Adriano Nascimento da Silva, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D'Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Roberto Isa, Caroline Braun, Cecília Tripodi, Cecília de Souza Santos, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Carolina de Araújo, Fernando Gardinali, Flávia Guimarães

Leardini, Guilherme Lobo Marchioni, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, José Carlos Abissamra Filho, Jovacy Peter Filho, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefano Gonçalves Leone Louveira, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Jamile José, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Nathália Rocha de Lima, Pedro Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódia, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Renato Stanzola Vieira, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinícius Lapetina.

### COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Allan Aparecido Gonçalves Pereira, Ana Elisa L. Bechara, André Adriano Nascimento Silva, Andrea D'Angelo, Bruna Torres Caldeira Brant, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássia Fernanda Pereira, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi, Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Del Cid, Débora Thais de Melo, Eduardo Sameol Fonseca, Eduardo Velloso Roos, Érica Santoro Lins Ferraz, Fabiano Yuji Takayanagi, Felipe Bertoni, Giancarlo Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indaiá Lima Mota, Isabella Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefano Leone Louveira, Luis Fernando Bravo de Barros, Marcela Venturini Diorio, Marcos de Oliveira, Matias Dallacqua Illg, Milene Maurício, Mônica

Tavares, Nathália Oliveira, Nathália Rocha de Lima, Natasha Tamara Praude Dias, Orlando Corrêa da Paixão, Priscila Pamela dos Santos, Renan Macedo Villares Guimarães, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Stuchi Marcos, Roberta Werlang Coelho, Suzane Cristina da Silva, Thais Tanaka e Thaisa Bernhardt Ribeiro.

### PROJETO GRÁFICO:

Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

### PRODUÇÃO GRÁFICA:

Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797

planmark@editoraplanmark.com.br

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

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas.

O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 11.000 exemplares

### ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)

www.ibccrim.org.br

# A falaciosa identidade física do juiz no Processo Penal brasileiro

*Antonio Eduardo Ramires Santoro*

O desenvolvimento do princípio da identidade física do juiz no processo penal brasileiro ainda não atingiu a sua maturidade. Esta é uma afirmação que se faz à vista da interpretação que os tribunais brasileiros lhe vêm conferindo.

O primeiro inconveniente é de ordem filosófica. Trata-se do paradigma positivista que se encontra entranhado como metástase na consciência jurídica brasileira, muitas vezes sequer sendo percebido pelos próprios aplicadores. Em outras palavras, o *Id* freudiano do direito nacional é positivista. Com isso quero dizer que há uma voz oculta (que se desvela pelos signos externos dessa psicopatologia) que impede juízes, promotores, advogados, e outros mais, de aplicar um direito fundamental sem uma regra infraconstitucional expressa que o tenha positivado.

O princípio da identidade física do juiz sofreu com este mal. Antes da reforma do Código de Processo Penal de 2008, em especial a Lei 11.719, que introduziu o texto do § 2.º ao art. 399, era comum ouvir afirmações como “o princípio da identidade física do juiz não existe no processo penal”, ou “o princípio da identidade física do juiz decorre, por analogia, do art. 132 do Código de Processo Civil”. Mesmo aqueles que procuravam a via principiológica como origem (para quem o princípio da identidade física do juiz é um corolário do princípio do juiz natural), no mais das vezes, fundamentavam sua pretensão na citada analogia com o processo civil, para “sustentar”, em bases legais, o seu direito.

Todos esses traços positivistas de encarar a matéria jurídica geraram consequências perniciosas das quais até o momento não conseguimos nos desvincular e cuja principal mazela é a vinculação do juiz que colheu a última prova ao julgamento ou, em outras palavras mais reveladoras, do último juiz que participou de ato de produção probatória.

Isso é um erro.

Fazendo uma análise rigorosamente lógico-linguística, de certa forma tributária de um positivismo analítico norte-americano, ao qual não estamos nos filiando, mas apenas para argumentar, essa vinculação do juiz que concluiu a instrução ao julgamento é equivocada. Isso porque o § 2.º do art. 399 do CPP afirma que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”, ao passo que o art. 132 do CPC afirma que “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide”.

Observe que a positivista necessidade de utilização da norma processual civil para completar a pseudolacuna no ordenamento penal criou uma regra que não existe mais e que, entretanto, permanece sendo aplicada, qual seja, o vínculo ao julgamento se faz com o (último) juiz que “concluiu” a instrução e não com aquele que a “presidiu”.

Aqui há de serem feitas duas observações. A primeira diz respeito ao fato de que a utilização do termo “presidiu” e não “concluiu” decorre da concentração dos atos de instrução em uma única audiência e, por lógica, não haveria falar em “concluir” a instrução em momento posterior ao seu início. Mas não sejamos inocentes, em geral, dificilmente os atos de instrução se fazem em uma única audiência, de tal sorte que a concentração dos atos como regra abstrata não afasta, na prática, o seu fracionamento. Então, como a presidência pode ser dividida em vários atos, não nos basta uma análise rigorosa lógico-linguística para saber qual dos atos vinculará o juiz, se o primeiro, o último, ou qualquer outro.

A segunda observação é que o princípio é constantemente mitigado por regras que desvinculam o juiz da obrigação de julgar o feito que instruiu. Os casos em que a prova deve ser colhida fora da comarca em que o juiz exerce sua jurisdição implica a expedição de carta precatória para outro juiz que, todavia, não se torna competente para o julgamento. Mas não é só. O próprio art. 132, *in fine*, do CPC prevê que quando o juiz for “convocado,

licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado (...) passará os autos ao seu sucessor”, sendo aplicado analogicamente ao processo penal pelos nossos tribunais. Afastar a aplicação de um princípio por uma regra decorrente de lei infraconstitucional não seria uma atitude positivista que inverte a ordem de interpretação, qual seja, interpretação do princípio conforme a regra e não da regra conforme o princípio?

Diante dessas questões, preferimos propor outra forma de compreender a identidade física do juiz. Façamos o papel, neste particular, do *superego*. A questão é principiológica. A identidade física está agregada a outros princípios que dão suporte para a solução mais adequada da questão, somente sendo possível interpretar as normas infraconstitucionais à luz dos princípios. Em especial me refiro aos princípios da oralidade, imediatidade, contraditório, concentração dos atos, bem como o direito de ser julgado em um prazo razoável.

A identidade física do juiz não tem qualquer suporte nos direitos da personalidade/infalibilidade do juiz ou coisa que o valha, mas na observância das garantias de que o julgador se tenha colocado em contato direto com as testemunhas, uma relação visual que permita a compreensão cênica com participação ativa das partes, evitando, na medida do possível, que o julgamento se transforme em atos de preconceito e/ou de revelação divina.

É evidente que a exigência de que o processo tenha um fim dentro de um prazo razoável não permite que a vinculação do juiz da instrução se transforme em empecilho ao seu andamento. Dentro deste suposto conflito entre celeridade e identidade física é que as regras que definem exceções à vinculação do juiz ao julgamento do feito devem ser encartadas e interpretadas, ou seja, as regras não se sobrepõem aos princípios, mas os harmonizam.

Ocorre que as exceções, no mais das vezes, tornam-se regras e o que se observa na prática é que as instruções são em geral fracionadas pelos motivos mais banais, como o simples fato de o juiz estar de férias (que em alguns casos se encerra poucos dias depois e nenhum prejuízo causará se o réu estiver solto) ou ficou adoentado em determinado dia específico. Em casos como esses (e que são muito comuns), é possível que um juiz tenha colhido toda a instrução (colheu provas documentais e periciais, ouviu todas as testemunhas de acusação e de defesa, ouviu a maior parte dos acusados em interrogatório), mas no dia do interrogatório do último réu, que esteve doente na audiência anterior, o juiz que presidiu a instrução estava ausente (com gripe, por exemplo) e o juiz tabelar colheu aquele derradeiro interrogatório. Para nossa jurisprudência é este juiz quem irá julgar o processo, pois “concluiu” a instrução ao ouvir um réu em interrogatório, enquanto o outro juiz que instruiu o processo inteiro (a quem a expressão “presidiu” a instrução deve ser muito mais consentânea) fica alijado desta tarefa. Não nos parece ser esta interpretação a mais adequada, é necessário atribuir à identidade física do juiz uma interpretação valorativamente garantidora de um processo penal democrático. Cabe ao juiz que praticou o maior número de atos instrutórios julgar, devendo ser obstadas as mudanças injustificadas de juiz no curso do feito, que não estejam diretamente destinadas a garantir a necessária celeridade.

**Antonio Eduardo Ramires Santoro**

Mestre e Doutor pela UFRJ.

Professor Adjunto da UFRJ.

Advogado.

# O anteprojeto do Código Penal e a extinção do livramento condicional

*Felipe Lima de Almeida*

O PLS 236/2012, Anteprojeto do Código Penal brasileiro, fruto do trabalho da Comissão de Juristas formada e incumbida de tão honrosa missão, propõe, segundo a exposição de motivos e demais justificativas, a extinção do instituto do livramento condicional em nossa legislação.

Com todo o respeito devido à Ilustre Comissão, a extinção do livramento condicional como defendido no relatório final que originou o PLS 236/2012 é um enorme retrocesso em nosso sistema de cumprimento e individualização das penas. Ademais, evidencia um erro crasso, vez que tal iniciativa encontra-se fundamentada em falsas premissas, sujeita a causar grande dano ao próprio Estado.

De acordo com o relatório final, a Comissão concluiu pela existência de uma “*área de concorrência, se não de superposição, entre a progressão de regime e o livramento condicional*”, notadamente quando se trata de cumprimento de pena em regime aberto, uma vez que haveria uma “*comunhão de requisitos com o livramento condicional*”.

O primeiro equívoco nesta justificativa reside no fato de a Comissão estar confundindo institutos completamente diferentes. Inicialmente, cumpre esclarecer que os chamados regimes prisionais, verdadeiras engrenagens do sistema progressivo de cumprimento de pena (que não possibilitam a liberação do apenado), em nada se confundem com o instituto do livramento condicional, legítimo direito público subjetivo do condenado que, como alternativa ao cárcere e todos os seus males, permite ao apenado cumprir o restante de sua reprimenda em liberdade, condicionado a observância de uma série de restrições e o preenchimento de inúmeros requisitos legais.

O livramento condicional foi previsto em nossa legislação pela primeira vez com o Código Republicano de 1890 (arts. 51 e 52), embora sua efetivação e regulamentação tenham vindo apenas com o Decreto 16.665, de 06.11.1924. Posteriormente, o livramento condicional foi previsto na Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe de 1932 (art. 50), no Código Penal de 1940 (arts. 60 a 66) e na Nova Parte Geral de 1984 (arts. 83 a 90). Sempre considerado pela doutrina como o último e mais importante estágio do sistema progressivo de cumprimento de pena, fase final desinstitucionalizada da pena privativa de liberdade, o livramento condicional é o verdadeiro momento de passagem entre a coerção do presídio e a liberdade dentro do Direito.<sup>(1)</sup>

Os regimes prisionais para cumprimento da pena privativa de liberdade, definidos, originalmente, com base na periculosidade do agente, foram incluídos no Código Penal de 1940 por força da Lei 6.416/1977, como corolário de uma forma individualizada de cumprimento de pena. A Lei 6.416/1977, além de disciplinar a forma progressiva de cumprimento de pena, reformulou a disciplina do livramento condicional, evidenciando a adoção pelo Brasil do chamado sistema penitenciário progressivo (irlandês).<sup>(2)</sup> Este sistema foi mantido pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) e pela Nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/1984), que juntas disciplinam a forma progressiva (e regressiva) de cumprimento de pena e a sua derradeira etapa, o livramento condicional.

Com relação ao regime aberto, nos termos da legislação vigente, este pode ser fixado como regime inicial de cumprimento de pena (art. 59, III, do CP) ou ser alcançado por meio da progressão de regime (art. 112 da LEP). No que tange à progressão de regime, esta exige requisitos temporais diferenciados para crimes hediondos e equiparados (ao menos 2/5 se primário e 3/5 se reincidente – art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.072/1990) e para aqueles que não possuem tal natureza (ao menos

1/6 da pena – art. 112 da LEP), sem prejuízo da aferição do requisito subjetivo (bom comportamento carcerário). O regime aberto implica ainda no cumprimento da pena em estabelecimento penal denominado “Casa de Albergado” (art. 93 da LEP), com submissão a rigorosas regras (art. 115 da LEP), entre as quais, o recolhimento ao estabelecimento prisional no horário noturno e nos dias de folga, sujeição ao sistema disciplinar (art. 44 e ss. da LEP), entre outras.

Já livramento condicional, forma de individualização da pena, foi considerado pelo legislador como medida alternativa ao encarceramento (item 137 da Exposição de Motivos da LEP), com o objetivo de reduzir os malefícios da prisão e promover a reinserção social do condenado,<sup>(3)</sup> possibilitando o cumprimento do restante da pena em liberdade (sem necessidade de recolhimento ao estabelecimento prisional), mediante o preenchimento de requisitos legais (objetivos e subjetivos – art. 83 do CP), condicionada à rigorosa obediência às condições obrigatórias e facultativas do “benefício” durante o chamado *período de prova*.<sup>(4)</sup>

Realmente, no caso do requisito subjetivo, podemos afirmar a existência de comunhão de requisito, o chamado bom comportamento carcerário. Porém, isso não é exclusividade do livramento condicional, mas de todos os demais direitos da execução (autorizações de saída temporária, remição, comutação, indulto etc.), que exigem o bom comportamento.

Contudo, no que diz respeito aos requisitos objetivos, a progressão exige como lapso temporal, dependendo da hipótese, o cumprimento ao menos de 1/6, 2/5 ou 3/5 da pena no regime anterior. O livramento condicional exige, dependendo da hipótese, o cumprimento de mais de 1/3, 1/2 ou 2/3 da pena em execução, vedada a concessão para o reincidente específico em crime hediondo ou equiparado.

Ademais, o condenado no regime fechado, quanto mais tempo demorar em progredir para o semiaberto, maior será o lapso temporal necessário para alcançar o regime aberto, uma vez que para esta nova progressão, terá que cumprir mais 1/6 da sua pena remanescente no regime semiaberto para obter a progressão para o regime aberto. Já o lapso temporal do livramento condicional é fixado com base na pena aplicada na sentença em execução, não sofrendo alteração em função de falta disciplinar<sup>(5)</sup> ou morosidade na concessão da progressão de regime.

Exemplificando: réu primário condenado a uma pena de 12 anos de reclusão em regime fechado por roubo. O lapso temporal para obtenção do livramento condicional será a partir do cumprimento de 4 anos de pena (mais de 1/3 da pena). Tendo em vista que as Varas de Execuções Penais não são conhecidas pela sua celeridade, caso esse sujeito leve 3 anos para progredir para o regime semiaberto (o que será considerado um excelente prazo na maioria do Estado da federação),<sup>(6)</sup> ainda precisará cumprir mais 1 ano e 5 meses para progredir para o regime aberto e ser transferido para outro estabelecimento prisional. Para obter o livramento condicional, bastaria o apenado cumprir 4 anos de sua pena para alcançar a liberdade (ainda que condicionada).

Vale esclarecer ainda que o juiz, na prolação da sentença, pode fixar qualquer dos três regimes prisionais, em qualquer dos crimes (haja vista a recente decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto à fixação do regime inicial fechado para crimes hediondos).<sup>(7)</sup> E como ficariam as condenações no regime inicial aberto? Qual seria a superposição ou comunhão de requisitos? Não há como progredir mais de regime. Só restaria o livramento condicional.

Assim, diferentemente do que foi afirmado no relatório final contido no PLS 236/2012, não existe concorrência ou superposição entre o livramento condicional e a progressão de regime, assim como a suposta comunhão de requisito entre a progressão para o regime aberto e o livramento condicional.

Ainda de acordo com o referido relatório final, o livramento condicional apresentaria a “*desvantagem de desprezar o período de pena em liberdade, se a sua revogação ocorrer por fato praticado após o seu início. Além do mais, o fato que enseja a revogação demandaria, em tese, confirmação pelo devido processo. Ou seja, o resto de pena que poderia existir só poderá ser executado se, ao final do processo relativo ao fato revogado, a sentença for condenatória*”.

Certo é que o livramento condicional, como afirmava **Aníbal Bruno**, “*é uma medida de política criminal dirigida à prevenção especial do crime*”, um importante recurso de reinserção social que também possui mecanismos aptos a punir o liberado, caso este venha novamente a delinquir ou não cumpra com as condições obrigatórias do livramento.<sup>(8)</sup>

Segundo a sistemática vigente, o liberado condicional, ao praticar nova infração penal, tem o seu livramento condicional suspenso cautelarmente (art. 145 da LEP), com a prorrogação do mesmo até o trânsito em julgado do processo pela nova infração (art. 89 do Código Penal). No caso de absolvição no processo originado pela nova infração, o livramento condicional deverá ser restabelecido (se o liberado estivesse preso provisoriamente pela nova infração) ou extinto (caso não tenha sido determinado o seu recolhimento no curso do processo pela nova infração). Na hipótese de sentença penal condenatória irrecorrível, o livramento será revogado (art. 86, I, do Código Penal), não sendo possível a concessão de novo livramento para essa execução, tampouco o aproveitamento do tempo em que esteve solto o liberado (arts. 88 do Código Penal e 142 da LEP), medidas que visam sancionar mais severamente o liberado que volta a delinquir.

Naturalmente, o liberado que reincide, condenado irrecorrivelmente a pena privativa de liberdade, quebra a confiança que o Estado depositou nele ao liberá-lo do cárcere e deve ser mais duramente sancionado.

Dessa forma, não se trata de *desvantagem*, como alegado na justificativa para extinção do livramento condicional apresentada no PLS 236/2012, mas sim de um mecanismo de prevenção especial positiva inserido em uma sistemática progressiva e individualizada de cumprimento de pena.

Igualmente, importante salientar que a extinção do livramento condicional proposta no PLS 236/2012, uma vez implementada, sob a perspectiva do Estado-administração, será uma verdadeira catástrofe! É evidente que com a extinção do livramento condicional, o Estado passará a manter sob sua custódia todos os presos que não terão mais direito ao livramento, vendo-se obrigado a construir centenas de estabelecimentos penais para cumprimento de pena (já que a mudança do sistema progressivo sugerida pelo Anteprojeto aumenta em muito a manutenção do condenado no cárcere, notadamente, no regime fechado, e estabelece um novo regime aberto).

No estado do Rio de Janeiro, por exemplo, já existe um déficit de mais de 8.000 vagas no sistema penitenciário, com um grave quadro de desvio de execução (presos cautelares que são condenados no regime semiaberto e aberto e não são transferidos para os estabelecimentos adequados por ausência de vaga). É muito previsível que a situação se torne desesperadora com a extinção do livramento condicional e um novo sistema de progressão de regime.

Forçoso reconhecer que sob o ponto de vista do apenado, indubitavelmente, o livramento condicional é muito mais vantajoso que o regime aberto e, para o Estado, chega a ser mais, é verdadeiramente providencial.

Por fim, a Comissão conclui a exposição de motivos com a justificativa que “*mais simples e mais vocacionado para a ressocialização gradual do condenado está o regime aberto de cumprimento de pena. Especialmente*

*se, conforme proposto à frente, ele incluir período necessário de serviços à comunidade*”.

O PLS 236/2012, além de propor a extinção do livramento condicional, cria um novo regime aberto, com dois anos de pena como patamar máximo nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça, em regime domiciliar com monitoração eletrônica (o que já ocorre, sem exigência de vigilância eletrônica, nos casos de ausência ou inexistência de vagas no regime aberto),<sup>(9)</sup> impondo-se como regra o cumprimento de pena restritiva de direito, o que viola, flagrantemente, o princípio constitucional da individualização da pena. Aliás, tal iniciativa colide com a própria jurisprudência dos Tribunais Superiores, como o Superior Tribunal de Justiça que recentemente editou a Súmula 493 “*É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto*”.

Assim, se algo deve ser extinto, com todo o respeito, que seja o falido regime aberto! Consequentemente, que haja a ampliação do acesso às autorizações de trabalho externo e saída temporária a todos os apenados em regime semiaberto, ao invés da lamentável iniciativa contida no Anteprojeto de restringir estes direitos. Evidentemente, as características e regras do regime semiaberto, estas sim, por serem praticamente idênticas ao regime aberto, se sobrepõem.<sup>(10)</sup>

Não restam dúvidas de que o livramento condicional deve ser mantido em nosso ordenamento jurídico como instrumento para diminuir a extrema dureza das penas privativas de liberdade e seus efeitos dessocializadores,<sup>(11)</sup> a exemplo do modelo exitoso encontrado em países como a Argentina, Espanha, Alemanha e Portugal, além de outros com mecanismos análogos como o *parol system* dos Estados Unidos da América e a liberdade vigiada no Chile, sob pena de violação do princípio constitucional da individualização da pena e razoabilidade, com a imposição de um ônus impossível de ser arcado pelo Estado.

## Notas

- (1) Nesse sentido, cf. BRUNO, Anibal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976, p. 192.
- (2) Cf. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Sistemas penitenciários*. RT 639/267, São Paulo: RT, 1989. O sistema progressivo irlandês em linhas gerais prevê a progressividade do cumprimento de pena, com transferência do regime fechado para um regime intermediário antes do livramento condicional. Nesse sentido, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. Causas e alternativas. São Paulo: RT, 1993, p. 84-86.
- (3) SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte geral. 3. ed., Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 631.
- (4) Art. 132 e parágrafos da LEP. Nesse sentido. Cf. BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: RT, 2001, p. 174.
- (5) Nesse sentido é o Verbete 441 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “*A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional*”. De modo diverso, a 3.ª Seção do STJ, ao uniformizar sua jurisprudência, entendeu que a falta grave praticada no regime fechado interrompe o prazo para obtenção da progressão de regime. Cf. Informativo de Jurisprudência 494/2012.
- (6) Nesse sentido, cf. *Mutirão carcerário*. Raio-X do Sistema Penitenciário Brasileiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012.
- (7) Julgamento do HC 111.840/ES pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 27.06.2012. Publicado nos Informativos de Jurisprudência 672 e 670.
- (8) BRUNO, Anibal. *Op. cit.*, p. 191-192.
- (9) Informativo de Jurisprudência 490/2012 do STJ.
- (10) Existem estados, como São Paulo, que sequer possuem estabelecimentos prisionais para cumprimento de pena em regime aberto.
- (11) BARROS, BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *Op. cit.*, p. 174-175.

**Felipe Lima de Almeida**

Mestre em Direito.

Membro do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro.

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

# As medidas cautelares diversas da prisão e a inversão ideológica do discurso garantista

Raphael Boldt

“A história se repete, a primeira vez como tragédia e a segunda como farsa” – KARL MARX.

A Lei 12.403, de 04.05.2011, gerou grandes expectativas em boa parte da comunidade jurídica nacional, sobretudo em razão da pretensa (e frustrada) proposta de se reduzir, por meio das medidas cautelares diversas da prisão, o número de presos provisórios que, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), compõem atualmente cerca de 40% da população carcerária brasileira e continuaram a crescer<sup>(1)</sup> nos anos de 2011 e 2012, como aconteceu, por exemplo, no estado de São Paulo que, em 2011 experimentou um aumento de 3,6%, mais do que o triplo do percentual nacional, de 1%.

Embora fosse inegável a necessidade de se modificar a estrutura normativa concernente às medidas cautelares pessoais, o que se tem testemunhado após mais de um ano da entrada em vigor da lei em questão é um notório retrocesso para os direitos fundamentais e a ampliação e otimização dos mecanismos de controle no âmbito penal.

Inicialmente, a criação de uma polimorfologia cautelar, possivelmente uma das maiores inovações da Lei 12.403/2011, surgiu como alternativa ao binômio prisão-liberdade e se tornou objeto de críticas severas dos estratos mais conservadores da sociedade, arrancando, em contrapartida, aplausos de grupos mais inclinados à defesa dos direitos humanos e da oxigenação constitucional do processo penal. Aparentemente, os motivos para tais posturas pareciam óbvios: com o estabelecimento das medidas cautelares diversas da prisão, ter-se-ia a restrição dos direitos de indiciados ou acusados, porém, sem os danos decorrentes da violência engendrada pelo cárcere, ou seja, a prisão preventiva se tornaria a *ultima ratio*, priorizando-se, portanto, a aplicação das medidas alternativas.

De todas as vozes que se levantaram para criticar ou elogiar a Lei 12.403/2011, destacaram-se aquelas que defendiam a “reforma” do processo com base no discurso da humanização do aparato punitivo e na minimização dos efeitos deletérios do cárcere.

Sob o fundamento garantista de máxima felicidade possível aos não desviantes e mínimo sofrimento necessário aos desviantes, muitos sustentaram que as medidas cautelares diversas da prisão poderiam suavizar as práticas penais e mitigar os custos sociais e individuais provenientes da prisão cautelar.

Neste caso, em especial, longe de minimizar a violência do poder punitivo, a assunção do garantismo como base teórica para a construção do discurso legitimador das medidas cautelares alternativas apenas expõe a lógica perversa que orienta o funcionamento do sistema penal e reforça a (ir)racionalidade da intervenção punitiva.

Na prática, a aparente legitimidade conferida pelo garantismo às medidas cautelares diversas da prisão acaba por debilitar ainda mais o sistema de garantias e atua como elemento catalisador capaz de fazer com que magistrados se sintam à vontade para restringir direitos de indivíduos que, não obstante sua reduzida “periculosidade”, veem-se impossibilitados de suprir as expectativas da sociedade de consumo.

Esse panorama demonstra o paradoxo vivenciado no plano do discurso e das práticas associadas ao humanismo. Em vez de serem aplicadas como alternativas à prisão preventiva, as medidas cautelares, quando utilizadas pelos Juizes – aprisionados à dinâmica das prisões cautelares, uma espécie de fetiche, e obcecados pela fiança, como se

esta fosse a única alternativa possível à prisão – tem substituído a liberdade, atuando, ademais, como mecanismos de potencialização e expansão do controle penal, não somente pela aplicação de tais medidas, mas em virtude da possibilidade (em determinadas situações, previsibilidade) de sua conversão em prisão.

Em sua etapa inicial, parece que o processo de reconfiguração das medidas cautelares de natureza pessoal gerou a maximização da repressão e não logrou êxito em seu projeto de limitar a ofensa concreta aos direitos fundamentais e efetivar os postulados garantistas que norteiam o texto constitucional.

Este cenário de perversão das normas constitucionais e de apropriação do discurso garantista tem conduzido à reversibilidade do direito, ou seja, “a condição do direito de ser interpretado e aplicado em um ou outro sentido, inclusive contraditórios entre si”.<sup>(2)</sup>

No campo das práticas punitivas e, sobretudo, das medidas cautelares alternativas, a inversão ideológica do discurso garantista tem propiciado a inversão de sua própria missão, viabilizando a ampliação e sofisticação do aparato jurídico-penal. Consagra-se, com isso, um paradigma de controle ainda mais eficiente e pernicioso para os direitos humanos.

Nesse quadro, as medidas cautelares não se revestem da “alternatividade” que lhe atribui o discurso oficial, mas se projetam como extensão de efetivação das funções reais (e ocultas) do Direito Penal nas sociedades capitalistas. Nas palavras de **Bizzoto**,<sup>(3)</sup> o que se vê na realidade é a produção de “uma sociedade disciplinar com o discurso da humanização da pena”.

Em tempos de aguda (e questionável!) crise dos meios de confinamento, a antecipação da tutela penal, especialmente por intermédio de medidas alternativas “mais humanas” para indivíduos considerados “menos perigosos”, passa a ser vista como uma alternativa razoável e digna na tentativa de se por um fim à alardeada impunidade. Com isso, infelizmente o que se tem é mais do mesmo.

Dessarte, paralelamente ao contínuo aumento do número de presos provisórios no Brasil, observa-se hodiernamente a ampliação dos tentáculos da malha punitiva mediante a imposição das medidas cautelares diversas da prisão, responsáveis por elevar a quantidade de pessoas que irão sofrer algum tipo de restrição (ou seria sanção?) na seara da justiça criminal, pessoas que “no puedan subirse al tren del progreso económico, se convierten en seres humanos sobrantes”.<sup>(4)</sup>

Talvez ainda seja demasiadamente cedo para afirmar o fracasso da Lei 12.403/2011 e de todas as promessas que lhe são subjacentes, porém, diante do atual cenário de reformas penais e processuais penais, torna-se essencial compreender o verdadeiro sentido dos discursos legitimadores, autênticos “dispositivos de saber”<sup>(5)</sup> das práticas punitivas permeadas por relações de poder extremamente desiguais que encontram no próprio sistema penal um poderoso mecanismo de preservação.

(Re)pensar as medidas cautelares alternativas à prisão constitui, portanto, uma parte ínfima, mas relevante, de uma árdua e premente tarefa que não se limita aos operadores do direito, pois, invariavelmente, passa também pela necessidade de se refletir acerca do humano hoje e de levar a sério as razões que determinaram a falência de tantos modelos de humanismo, fracasso

que, segundo **Timm de Souza**,<sup>(6)</sup> está exatamente no fato de “*não serem suficientemente humanos*”.

## Notas

- (1) D'AGOSTINO, Rosane. Lei nova não reduz lotação de cadeias. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-02/lei-cautelares-completa-ano-nao-reduz-lotacao-cadeias>. Acesso em: 2 jul. 2012.
- (2) SANCHEZ RUBIO, David. Reversibilidade do direito: os direitos humanos na tensão entre o mercado, os seres humanos e a natureza. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Notadez/PPGCrim PUCRS/ITEC, n. 22, abr.-jun., 2006, p. 23.
- (3) BIZZOTO, Alexandre. *A inversão ideológica do discurso garantista: a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 126.
- (4) SANCHEZ RUBIO, David. Sobre la racionalidad económica eficiente y sacrificial, la barbarie mercantil y la exclusión de los seres humanos

concretos. *Revista Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre: PPGCrim/PUCRS, n. 1, jul.-dez., 2009, p. 13.

- (5) FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34.
- (6) SOUZA, Ricardo Timm de. “Só há uma expressão para a verdade: o pensamento que nega a injustiça” – Levinas e Adorno. In: SOUZA, Ricardo Timm de et al. (Org.). *Alteridade e ética: obra comemorativa dos 100 anos de nascimento de Emmanuel Levinas*. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p. 24.

**Raphael Boldt**

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).  
Professor da Graduação e da Pós-Graduação em Ciências Criminais da FDV.  
Advogado.

# O reflexo da Lei de acesso à informação no sistema penitenciário brasileiro

*Marcos Aurélio Sloniak*

## Introdução

A Lei 12.527, denominada Lei de Acesso à Informação, trouxe um importante instrumento de acompanhamento em prol da sociedade ao permitir o acesso às infinitas informações do Estado que visa acima de tudo o estímulo ao princípio da transparência das atividades públicas, tornando a divulgação uma regra para a Administração Pública nas esferas Federal, Estadual e Municipal.

A própria Constituição brasileira de 1988<sup>(1)</sup> já dispunha sobre o acesso aos dados por parte dos cidadãos como um direito fundamental, assim, a nova lei efetiva tal direito, bem como atende outro preceito constitucional, qual seja, o dever do Estado de se manifestar e prestar informações requeridas, agindo com transparência.

O Brasil inova ao criar tal legislação, mais abrangente que outras similares, ao atingir todas as esferas governamentais, uma vez que normalmente a legislação de outros países permite tal acesso somente a um núcleo central do Governo, sendo a lei brasileira classificada como inovadora e uma das 30 melhores leis desse tema no mundo.<sup>(2)</sup>

Ressalte-se que em 1990, apenas 13 países contavam com uma lei de informação e hoje são cerca de 90, o que demonstra a importância do assunto no âmbito social.

Todavia, a abrangência da nova lei é um obstáculo que deve ser conquistado, uma vez que exigirá adequação ampla na cultura atual da Administração Pública, requerendo dos gestores uma postura ativa no trato com as informações e também da própria Administração, que passa a ser obrigada a se organizar e disponibilizar de forma clara e confiável a informação requerida. **Fabiano Angélico**<sup>(3)</sup> explica que esse é um processo demorado por caracterizar uma mudança de cultura, de paradigma e, portanto, não acontecerá do dia para a noite, afinal informação é poder.

Este artigo se propõe a analisar os impactos da nova lei no sistema penitenciário brasileiro, em especial suas aplicações no campo administrativo e estratégico, com base na legislação que regula a execução penal brasileira em face da Lei de Acesso à Informação.

## O Sistema Penitenciário – Aspectos administrativo e estratégico

O Sistema Penitenciário brasileiro está estruturado em duas frentes distintas, quais sejam, o Sistema Penitenciário Federal, cuja organização

e administração é competência do Ministério da Justiça por meio do Departamento Penitenciário Nacional, e os Sistemas Estaduais, subordinados às secretarias distintas em cada Unidade da Federação.

No que diz respeito ao aspecto administrativo, a formatação das Unidades Prisionais no Brasil conta com um aparato que provê logisticamente a sua manutenção, normalmente coordenado por órgãos gestores em cada Estado, dentro da estrutura da Administração direta.

Outro lado existente e talvez o que mais seja interessante no campo da informação é o aspecto estratégico de um sistema penitenciário, por deter fontes sobre os custodiados de cada Unidade Prisional que envolve inclusive a segurança coletiva.

No âmbito administrativo, a nova Lei permitirá que sejam identificados alguns motivos da falência atual do modelo prisional brasileiro com a interpretação de dados sobre a logística existente, tais como investimentos, custeio, valores contratuais e ainda sobre as medidas que afetam diretamente o cumprimento de pena dentro dos padrões estabelecidos.

Em tese, qualquer cidadão poderá requisitar informações primárias contidas em documentos, bem como informações sobre atividades, administração de patrimônio, utilização de recursos entre outros. Ademais, os resultados obtidos em auditorias e inspeções que tenham sido realizadas nesta área deverão ser divulgados de forma irrestrita.<sup>(4)</sup>

Há que se considerar que o despreparo de tal área certamente gerará desconforto para os que procurarem tais informações, uma vez que os poucos dados existentes e divulgados pelos órgãos oficiais demonstram a ineficácia do modelo atual, que não é gerido de forma a prover minimamente o que dispõe a legislação pátria como a Constituição e a própria Lei de Execuções Penais.

Dentro das novas possibilidades legais, poderia, por exemplo, questionar-se o custo efetivo de cada preso custodiado por determinado Estado. Embora se divulgue vagamente tal dado, não há, como regra, disponibilidade de documento contendo os custos que compõe o gasto, com cada item individualizado, o que torna a credibilidade do valor divulgado questionável e flutuante.

Do mesmo modo, a diferença de condução de cada modelo prisional dentro dos Estados permitirá a análise comparativa de custos contratuais e

resultados práticos com itens básicos, tais como a alimentação fornecida, sistema de saúde prisional, convênios, investimentos em melhoria, custo de cada vaga aberta na construção de novas unidades prisionais, gerando assim a interpretação de índices de superlotação carcerária que podem impulsionar Políticas Públicas, item este de extrema importância e normalmente relegado no modelo atual pelos órgãos oficiais.

O acompanhamento da gestão de recursos e sua aplicação nessa área por parte da sociedade representará maior transparência com o gasto público.

Outro tema interessante na nova lei é a cobrança para que o Estado crie seções específicas, formulários de atendimento e tenha prazos para fornecer as informações requeridas, cabendo recurso em caso de negativa pela autoridade competente.

Essa cobrança social exigirá adequação estrutural, uma vez que em muitos órgãos públicos a falta de meios básicos para o cumprimento de suas funções é a regra e a preservação desse direito, ao ser invocado, deverá resultar na melhora da prestação do serviço público ao cidadão que com seus impostos sustenta a Administração Pública.

Em outro aspecto, a nova Lei prevê que informações capazes de colocar em risco a vida, a segurança da população ou das instituições, a segurança das autoridades que a compõem ou seus familiares e, ainda, aquelas que possam por em risco atividades de inteligência, investigação ou fiscalização relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações, estão sujeitas a classificação de sigilo e, portanto, passíveis de serem negadas ao requerente.<sup>(5)</sup>

O Brasil tem experimentado na última década uma afronta aos valores constitucionais com a presença de organizações criminosas que, utilizando a estrutura penitenciária, realizam ações organizadas que já culminaram com a morte de muitas pessoas, exemplos recentes ocorreram nos estados de São Paulo e Santa Catarina.

Essas ações envolvendo grupos criminosos já atentaram contra magistrados, promotores de justiça, policiais, diretores de estabelecimentos prisionais e outras autoridades que atuam diretamente no combate à criminalidade e, pela atividade que exercem, tornaram-se alvo de ações criminosas, tanto que a legislação penal brasileira começa a amadurecer no sentido de resguardar a integridade física daqueles que são obrigados, pela profissão, a coibir a prática de atos criminosos e que resultam no encarceramento de lideranças e combate ao crime organizado.

Nesse sentido, o sistema penitenciário brasileiro apresenta um viés estratégico que certamente continuará mantido sob sigilo até mesmo pela magnitude dos valores que envolvem sua guarda e segurança.

Ressalte-se que o sistema penitenciário é uma fonte inesgotável de informações e cujos trabalhos de inteligência colaboram diretamente no combate à criminalidade, bem como na elucidação de crimes que muitas vezes são praticados por voz ativa de lideranças que agem de dentro das penitenciárias contra a sociedade.

Assim é salutar que a preservação de informações seja rigorosamente controlada pelo gestor responsável, em especial aquelas ligadas às transferências, deslocamentos, localização carcerária, procedimentos e rotinas de segurança, dados de prontuários criminais e relatórios carcerários que instruem processos para a concessão de benefícios, bem como dados de servidores, entre outras situações que colocam em risco não somente aqueles que atuam diretamente na lida carcerária, mas também toda a coletividade que indiretamente é atingida pela ação de grupos de crime organizado.

É o que prevê a lei ao tratar da informação que traga riscos à sociedade, a qual deverá ter seu sigilo decretado de forma justificada, pela Autoridade Competente, com a devida fundamentação das razões da decretação dentro dos parâmetros estabelecidos.

Outro desdobramento importante tratado é o que diz respeito à defesa dos direitos fundamentais e que podem ensejar uma interpretação

diferenciada sobre o tema.

Isso pelo fato de que todo preso está sob a custódia do Estado e, portanto, sofre uma limitação natural de seus direitos, a começar pela sua liberdade. Porém, a Constituição Federal e a própria Lei de Execuções Penais ressaltam que os direitos que não forem afetados pela pena devem ser protegidos,<sup>(6)</sup> sendo certo que há sim direitos fundamentais do preso que devem ser resguardados, mas que nem sempre o são.

Dentro dessa gama de direitos resguardados, há uma atenção especial prevista no art. 21, parágrafo único, da nova Lei ao estabelecer que “*informações e documentos que sejam ligados à violação de direitos humanos por parte de agentes públicos ou a mando de autoridades não poderão ser objeto de restrição de acesso*”.

Tal aspecto denota a preocupação do legislador com o combate à violação dos direitos humanos, aspecto que expõe o sistema penitenciário de forma negativa em face dos inúmeros atos envolvendo esse assunto no ambiente prisional.

Essa preocupação é salutar, uma vez que se tornou normal noticiar ações que envolvem a prática de tortura e outros crimes que caracterizam a violação dos direitos humanos dentro do sistema penitenciário, problema crônico e de longa data, denunciados inclusive aos organismos internacionais.

Nesse sentido, espera-se que a nova Lei traga maior responsabilização daqueles que agem em descumprimento legal violando direitos humanos, uma vez, que ao ser cobrado e responsabilizado, tal ação refletirá em um sistema mais humanitário e não menos punitivo, mas dentro da função da pena.

Não se pode confundir a pena imposta pelo Estado com a autorização para a violação de direitos humanos e esse é um cenário crítico quando o assunto é sistema penitenciário.

Antes, cabe ao preso cumprir sua pena e ao Estado que o encarcerou cumprir com suas obrigações e garantir aquilo que é razoável dentro do ambiente prisional, com base nos princípios constitucionais vigentes e nas normas de proteção de direitos humanos.

O cenário caótico pelo qual passa o sistema penitenciário brasileiro é gerado pela falta de investimentos no sistema prisional, pela violação de direitos humanos dentro das Unidades Prisionais, ou seja, pelo próprio Estado ao não prover Políticas Públicas que consigam atingir a finalidade da pena, ações que, ao serem atendidas, podem significar melhores resultados na recuperação de um sistema que hoje traz pouco ou nenhum resultado prático na reintegração social daquele que cumpre pena.

## Conclusão

Dentro da visão democrática, a Lei de Acesso à Informação traduz uma evolução social e com certeza trará inúmeros benefícios à sociedade que poderá cobrar, de uma forma mais efetiva, transparência pública sobre os mais diversos temas.

Em que pese no Brasil muitas leis deixarem de ser aplicadas pela inércia da sociedade, espera-se que esse normativo seja de amplo uso e reflita em maior acesso ao cidadão, como ocorre em países que já a utilizam há muito tempo.

Espera-se ainda que dentro do sistema penitenciário brasileiro, a nova Lei contribua para que o modelo atual, caótico e carente de inovações que traduzam em resultados práticos, possa auxiliar na otimização dos investimentos, melhoria das condições e principalmente no combate à violação dos direitos humanos.

No aspecto estratégico, deve-se atentar para o zelo com as informações que tenham o condão de desestabilizar o sistema e a sociedade, gerando assim o amadurecimento no trato de informações em nível de inteligência e combate à criminalidade dentro do próprio

sistema, aspecto salutar para evitar que a criminalidade organizada se utilize da desorganização estatal para desestabilizar a paz social.

## Referências Bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12527.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2012.

*Lei de Acesso à Informação: um direito do cidadão*. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/radio/materias/reportagem-especial/421305-lei-de-acesso-a-informacao:-um-direito-do-cidadao-bloco-1.html>>. Acesso em: 22 jul. 2012.

*Manual dos Procedimentos dos Protocolos da Advocacia Geral da União sobre a Lei de Acesso à Informação*. AGU, Brasília, 2012.

## Notas

(1) *Constituição Federal de 1988*:

Art. 5.º, XXXIII: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações

de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Art. 37, § 3.º, II: “o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5.º, X e XXXIII”.

Art. 216, § 2.º: “Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.

(2) Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/radio/materias/reportagem-especial/421305-lei-de-acesso-a-informacao:-um-direito-do-cidadao-bloco-1.html>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

(3) Dissertação de Mestrado em Administração Pública da FGV com o seguinte título: *Lei de Acesso a Informação Pública e seus desdobramentos para a accountability democrática no Brasil*.

(4) Lei 12.527/2012, art. 7.º.

(5) Lei 12.527/2012, art. 23, III, VII e VIII.

(6) *Lei 7.210/1984, art. 3.º*: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

**Marcos Aurélio Sloniak**

Mestrando em Direito pelo UNICEUB-DF.

Especialista em Segurança Pública pela PUC-RS e

Gestão de Pessoas pela UFR-RJ.

# Banco de dados de perfis genéticos (DNA). As inconstitucionalidades da Lei 12.654/2012

*André Nicolitt*

Os anos 90, na Europa, foram marcados pela intensa discussão sobre os bancos de dados de DNA. A Inglaterra, em 1995, criou a primeira – e a maior – base de dados desta natureza, possuindo, atualmente, mais de 7 milhões de registros.<sup>(1)</sup> Diversamente, no Brasil, o advento da Lei 12.654/2012 não foi precedido de qualquer debate ou discussão pública e democrática sobre tema tão importante e de profunda repercussão no sistema de direitos fundamentais. O resultado não poderia ser diverso: uma lei inquinada de inconstitucionalidade.

É inegável que o avanço tecnológico pode prestar relevante serviço à sociedade, esclarecendo fatos, possibilitando o encontro de desaparecidos, bem como livrando inocentes de condenação. Não obstante, sua utilização não pode se descurar do respeito aos direitos fundamentais.

Nem mesmo os apelos utilitaristas poderiam justificar a aplicação irresponsável e eticamente descomprometida de tal tecnologia. Note-se que por meio da base de dados do Reino Unido (UK NDNAD) a probabilidade de um perfil obtido na cena de um crime ser confrontado com um perfil já existente na base de dados é de 45%, porém, em menos de 1% dos casos há sucesso em relação aos crimes apurados (FSS, 2004).<sup>(2)</sup> O sistema na Inglaterra é gigantesco e de insignificante eficiência, o que podemos esperar do sistema brasileiro?

Além disso, o sistema inglês é seletivo, pois três em cada quatro jovens negros possuem seus registros em arquivos sem o equivalente na população branca. Negros e outras minorias étnicas estão sobrerrepresentados no banco de dados inglês.<sup>(3)</sup> Como seria no Brasil, marcado pela seletividade penal?

Melhor sorte a lei não tem ao ser submetida ao crivo constitucional. Ela estabelece duas formas de alimentar o banco de dados: a primeira, no domínio da identificação criminal ordenada na investigação criminal e, a segunda, no âmbito da execução penal. Vejamos:

Identificação criminal por perfil genético

O art. 1.º acresce um parágrafo único no art. 5.º da Lei 12.037/2009, para autorizar a identificação criminal por coleta de amostras biológicas para obtenção de perfil genético, quando essencial à investigação criminal, nos termos do art. 5.º, IV, da referida Lei 12.037/2009.

A primeira inconstitucionalidade desta dinâmica reside no fato de que a autorização para o juiz agir *de ofício* no interesse da investigação o transforma em investigador, usurpando função do delegado de polícia, violando o sistema acusatório.

Para além deste aspecto, a colheita de material biológico só pode ocorrer por três formas. Intervenções corporais invasivas, intervenções corporais não invasivas e recolha de amostras desprendidas do corpo, que não configuram intervenção corporal, mas podem afetar direitos fundamentais como a intimidade ou a privacidade.

Diante do consentimento do investigado, nenhum problema há na identificação criminal. O problema residirá quando não houver consentimento. No caso das intervenções invasivas, estas estariam vedadas pelo princípio da dignidade humana (art. 1.º, III, da CRF/1988), por afrontar o primeiro de seus componentes (teoria dos cinco componentes de Podlech e por coisificar o homem (fórmula-objeto de Dürig). De igual forma, estariam vedadas também pelo princípio que proíbe a autoincriminação coercitiva (*nemo tenetur se detegere*).<sup>(4)</sup>

Já as intervenções não invasivas e não consentidas estariam proscritas pelo *nemo tenetur se detegere*, primeiramente e, também, pelo princípio da dignidade humana, pois, não havendo consentimento do indiciado, a colheita deverá ocorrer com o emprego de força sobre o corpo para vencer a resistência do indiciado, o que seria equivalente à tortura<sup>(5)</sup> nos termos da Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis da Assembleia-Geral das Nações Unidas que fora ratificada pelo Brasil.

Não podemos nos cegar e fascinar com as “modernas” tecnologias, olvidando o fato de que a tortura também já foi considerada um grande

avanço tecnológico e até mesmo um instrumento “garantista”, como adverte **Sabadell**.<sup>(6)</sup>

Já as amostras desprendidas do corpo, se recolhidas em local ou de forma que não afete à intimidade e à privacidade, prescindem de autorização judicial para seu recolhimento. Do contrário, isto é, sem afetação à intimidade, as amostras desprendidas poderiam ser determinadas pelo juiz, a requerimento, seja do MP, seja da polícia, *inaudita altera pars*.

Dessa forma, parece-nos que seria inconstitucional qualquer interpretação do art. 1.º da Lei 12.654/2012 no sentido de que a extração de amostras possa ser efetuada sem o consentimento do indiciado e contra a vontade deste, por violar os princípios da dignidade humana e da vedação da autoincriminação coercitiva, de maneira que a única interpretação conforme a constituição relativamente à lei em exame é a que, além da autorização judicial, exige consentimento informado do indiciado para a extração das amostras biológicas mediante intervenção corporal.

Há questões infraconstitucionais de relevante discussão neste quadro. Note-se que o art. 7.º-A, inserido na Lei 12.037/2009, dispõe que a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo prescricional do delito em apuração. Persiste a dúvida se tal exclusão se dará em relação apenas aos perfis advindos das amostras dos suspeitos ou também dos perfis traçados a partir das amostras colhidas nas cenas de crime. Aqui, faz-se apenas o registro para se demonstrar a complexidade do tema. Voltemos à questão constitucional, agora no âmbito da execução penal.

Submissão obrigatória do condenado à identificação do perfil genético

O art. 3.º da Lei 12.654/2012 introduziu na LEP o art. 9.º-A, dispondo que os condenados por crime doloso, praticado com violência grave contra a pessoa, ou condenados pelos crimes hediondos, serão, obrigatoriamente, submetidos à identificação de perfil genético, mediante extração de DNA por técnica adequada e indolor.

Ora, aqui voltamos ao tema da recusa. Havendo oposição, será necessária aplicação de força sobre o corpo para extração da amostra. A coleta da amostra em si pode ser indolor, porém, o emprego da força para vencer a resistência não é indolor.

Ademais, há de indagar sobre a natureza da “obrigatoriedade” do exame. Trata-se de efeito secundário da pena? Os arts. 91 e 92 do CP cuidam destes, sendo que o primeiro dispositivo traça os efeitos obrigacionais e patrimoniais, como o dever de reparar o dano, a perda de instrumentos do crime etc. Já no art. 92 do CP temos as restrições de direitos, como a perda do cargo ou função, a incapacidade para o pátrio poder e a inabilitação para dirigir. Em ambos os preceitos temos efeitos secundários que são compatíveis com penas patrimoniais e restritivas de direitos, admitidas pelo ordenamento.

Ocorre que a obrigatoriedade à submissão de coleta de material biológico corresponde à obrigação de submissão a uma intervenção corporal, ainda que não invasiva. Tal fato se traduz, inevitavelmente, em uma pena corporal há muito banida do Direito Penal. Ora, se a pena principal não pode ser corporal, não podem os efeitos secundários dela incidirem sobre o corpo do condenado, diz-se, inclusive, que “o acessório acompanha o principal”.

Com efeito, enquanto os arts. 91 e 92 do CP guardam compatibilidade com o art. 5.º, XLVI, da CRF/1988, o art. 9.º-A, inserido na LEP, viola o espírito dos incisos III, XLVII e XLIX do art. 5.º da CRF/1988. A vedação da tortura (inc. III), a vedação de pena de morte (inc. XLVII) e a garantia da integridade física e moral (inc. XLIX) possuem dimensão que se traduz na vedação a qualquer pena corporal, ou seja, traça uma esfera de proteção ao corpo, esfera esta incompatível com a submissão coercitiva a uma intervenção corporal. Assim, a obrigatoriedade da submissão à medida não pode ser admitida como efeito secundário da condenação, sendo o dispositivo inconstitucional, por afrontar o art. 5.º, III, XLVII e XLIX da CRF/88.

No plano infraconstitucional também não andou bem a lei. Note-se que o § 2.º do art. 9.º -A da LEP passa a dispor que a autoridade policial poderá pedir ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados. Indaga-se: qual juiz é o competente? O da vara de execução ou o da vara para a qual foi distribuído o inquérito? Para nós, não fosse a inconstitucionalidade, diríamos ser este último.

A lei, no âmbito da execução, não dispôs sobre quanto tempo poderá ser mantido o arquivo. No domínio da investigação criminal, o arquivo permanecerá enquanto não prescrever o crime em apuração. Mas no caso da execução penal, sequer há investigação, sendo a extração medida preventiva, verdadeira suspeita prospectiva. Parece-nos que para aqueles que admitirão a medida, por vezes adotarão entendimento no sentido de que deve permanecer pelo período da prescrição da pretensão executória, outras vezes pelo período do cumprimento da pena, pois seu efeito secundário não poderia ser temporalmente maior que a própria pena.

Vê-se, assim, os graves problemas decorrentes de uma legislação açodada, despida de reflexão crítica e discussão democrática. No exame sobre a constitucionalidade, não passa incólume em relação ao princípio da intimidade, da proporcionalidade e da individualização da pena.

Resta ao jurista o *que é mais nobre ao espírito: não se render ao ultrajante destino, se pôr ao lado da Constituição e resistir lutando. Eis a questão!*

## Notas

- (1) HENRIQUES, Fernanda; SEQUEIROS, Jorge. *Relatório sobre o regime jurídico da base de dados de perfis de ADN*. Portugal. Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Presidência do Conselho de Ministros, 2007, p. 14.
- (2) Forensic Science Service. The National DNA Database Annual Report 03/04.
- (3) HENRIQUES, Fernanda; SEQUEIROS, Jorge. *Op. cit.*, p. 14 e 25.
- (4) NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 409 e ss.
- (5) Idem, *ibidem*.
- (6) SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta júris Permissione*. Tortura e processo penal na península ibérica (séculos XVI – XVIII). Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 386.

**André Nicolitt**

Doutor em Direito pela Universidade  
Católica Portuguesa-Lisboa.  
Professor do IBMEC-Rio.  
Juiz de Direito TJRJ.

## ENTIDADES QUE RECEBEM O BOLETIM

### AMAZONAS

Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

### DISTRITO FEDERAL

Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios -

AMAGIS/DF

Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

### MATO GROSSO DO SUL

Associação dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul

### PARANÁ

Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

### RIO DE JANEIRO

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro/ CEJUR

### RIO GRANDE DO SUL

Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul - ASDEP

### SÃO PAULO

Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo - ADPESP

Com a Palavra, o Estudante

# Dialogando com o STF: lições colhidas por um estudante de direito a partir do HC 101.979

*Estêvão Nascimento Orcini*

*“De nada serve o que se escreve numa folha de papel se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos do poder.”<sup>(1)</sup>*

Esse pequeno fragmento representa a premissa básica do pensamento de **Ferdinand Lassale** sobre a Carta Magna de um país, incidindo na conclusão de que a Constituição escrita de uma nação não passa de um mero pedaço de papel, sem qualquer força, se dissonante com a “Constituição real”, se em confronto com as forças do poder. Dessa forma, se não há receptividade aos seus mandamentos, o melhor caminho é rasgá-la e olvidar seus restos em algum canto.

Essa interpretação do jurista polonês, em alguns momentos, é a que mais parece se coadunar com a posição do Supremo Tribunal Federal, ao menos do que se depreende do julgamento do HC 101.979.<sup>(2)</sup>

Recentemente, ao julgar o referido *habeas* (no qual requerida a liberdade do paciente devido ao excesso de prazo de sua prisão preventiva), o Min. Luiz Fux, comovido com a possível prática de extorsão mediante sequestro – objeto de persecução penal ainda sequer concluída em primeira instância – envolvendo uma criança, chamou a atenção desse estudante.

Sua Excelência expressou seus sentimentos e tentou persuadir seus pares com a ideia de que, uma vez que um cidadão tenha praticado tal crime, ele não o praticará apenas uma vez. Ao apreciar o *habeas*, afirmou o Ministro que a regra, para esse agente, é a continuidade delitiva, pois “o sequestro dificilmente é cometido uma vez só. Normalmente, esses, digamos assim, cidadãos voltados para essa prática criminoso...”<sup>(3)</sup>

O Min. Marco Aurélio, presente à sessão, interrompeu-o para repelir aquele pensamento, tentando alertá-lo da presunção de culpabilidade em que estava incorrendo pela máxima popular que parafraseava (“o cesteiro que faz um cesto faz um cento”),<sup>(4)</sup> na esperança de aquele reestruturar seu raciocínio.

Não satisfeito, contudo, o Min. Fux disse que o caso em tela “não merece nem máxima popular. Ele talvez merecesse outra coisa”.<sup>(5)</sup> Ainda, Sua Excelência foi além, prenunciando ser o paciente uma “dessas pessoas em relação às quais eu não tenho o menor sentimento de presumir-lhes a inocência. Absolutamente!”<sup>(6)</sup>

Como estudante, começo a me preocupar.

Encaminho-me para meu último ano de graduação e, baseado nesses dizeres, todo o aprendizado acerca da interpretação das normas constitucionais e de sua aplicação no processo penal nesse período cai por terra.

Li, de uma feita, o art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, que diz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que comumente se convencionou chamar de presunção de inocência.

Li também, de outra, o posicionamento do Min. Cezar Peluso, em pronunciamento na Comissão de Justiça do Senado,<sup>(7)</sup> afirmando que isso é o mesmo que dizer que o fato de ser réu não diminui a dignidade do homem e, por isso, mesmo nessa situação desconfortável, ele não deve ser privado de nada simplesmente

porque é réu. Pelo contrário, a privação deve ser excepcional e ser deferida apenas em casos de extrema necessidade.

Sei, como estudante de Direito, também, que há inúmeros autores no Brasil que trataram do tema, e pelo que li, mesmo que existam nuances na doutrina sobre o princípio da presunção de inocência, desconheço que algum dos posicionamentos possibilite uma regra de tratamento, durante a persecução penal, que rotule o réu em qualquer processo como culpado, ainda mais em *habeas corpus*.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – em seus arts. 7.º, item 5 e 8.º, item 2 – e a Declaração Universal dos Direitos Humanos – no seu art. 11, item 1 –, inclusive, consagram o mesmo entendimento, qual seja, o da presunção de inocência até trânsito em julgado.

Apesar de a questão temporal (duração do período da prisão preventiva), o objeto principal do *habeas*, ter se tornado coadjuvante no voto do Ministro, também me lembro de terem me ensinado que o processo deve ter uma duração razoável. Isso porque a persecução penal encerra uma pena em si, uma pena prévia à sentença, uma estigmatização que não depende apenas da questão espacial de estar intramuros<sup>(8)</sup> e que fulmina a presunção de inocência, “na medida em que o tempo implementa aquela e enfraquece esta”.<sup>(9)</sup>

Caso o Estado não consiga garantir essa razoabilidade (art. 5.º, LXXVIII, da CF), o cidadão não pode pagar por essa deficiência da tutela jurisdicional, quedando-se encarcerado em nome da “ordem pública”, como no caso visto, considerado por Sua Excelência um “crime bárbaro, uma periculosidade social manifesta”.<sup>(10)</sup>

Aprendi também, lendo **Konrad Hesse**, que “a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”.<sup>(11)</sup> Portanto, mesmo não devendo estar desvinculada da realidade histórica de seu tempo, ela não pode condicionar sua existência simplesmente a essa realidade, o que significa, salvo engano, dizer que ela não pode ser flexionada ao bel prazer dos seus intérpretes e transformada em um papel insignificante.

Parece que esse julgamento é um caso em que o Tribunal maior acabou por adotar razões que relegam a plano secundário as garantias constitucionais. Ali, como se viu, parecem ter sido usados argumentos que ultrapassam o dinamismo criador da possível interpretação da Constituição e das leis, em busca de punições mais severas.

Como estudante, considero preocupante uma disparidade tão grande entre a prática e a teoria, entre o resultado de um julgamento no STF e as aulas da faculdade. Isso porque, se não houver a consonância entre o que se ensina e o que se julga, nós, estudantes, poderemos nos decepcionar ainda mais com a prática do direito que é uma ciência tão linda na teoria. Ou ainda, talvez cheguemos ao trágico ponto de sair por aí, “cada qual com seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar”.<sup>(12)</sup>

## Notas

(1) LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 68.

- (2) HC 101.979, Rel. Min. Marco Aurélio (ao final, Min. Rosa Weber), j. 15.05.2012, DJE 27.06.2012.
- (3) HC 101.197. Inteiro teor do julgamento, p. 17.
- (4) Idem, p.17.
- (5) Idem, p.17.
- (6) Idem, p.17.
- (7) Em reunião extraordinária no dia 07.06.2011.
- (8) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 200.

- (9) Idem, p. 201.
- (10) HC 101.197. Inteiro teor do julgamento, p. 18.
- (11) HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991, p. 16.
- (12) HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009, DJE 26.02.2010.

**Estêvão Nascimento Orcini**  
Estudante do 9.º semestre da  
Faculdade de Direito da UNESP – Franca.

## Descasos

# Na defesa de Marcelo

## Alexandra Lebelson Szafir

O caso de Marcelo é emblemático, pois mostra a diferença que um advogado pode fazer quando é dedicado e comprometido com a causa e com seu cliente.

Marcelo vendia na feira as bananas que produzia em seu sítio. Quando voltava para casa, certa noite, encontrou-se com duas mulheres, suas “freguesas” na feira, acompanhadas de um rapaz que ele não conhecia. Elas o convidaram para tomar um chopp juntos e Marcelo, alegremente, aceitou.

O que ele não sabia é que o tal rapaz convidara as duas para um “programa” e, conforme a noite avançava, ressentia-se mais e mais de ter que dividir a atenção das mulheres com Marcelo.

Saindo do bar, esse ressentimento, devidamente ampliado pelo álcool, explodiu: iniciou-se uma discussão, que imediatamente evoluiu para a agressão física a Marcelo.

Enquanto a luta progredia, as mulheres gritavam que o rapaz não tinha pagado pelo programa. Marcelo, apesar de “alto”, levou a melhor e decidiu resolver ele mesmo o problema do “programa” não pago: jogou um relógio de pulso e um maço de cigarros do “cliente” para as “prestadoras de serviço”. Péssima decisão, mas certamente não um assalto. A dívida, ao que tudo indica, era legítima. Após, cada um foi para o seu lado: Marcelo tomou a direção de sua casa, as moças foram em direção oposta e o seu “cliente” foi procurar a polícia.

O problema é que o rapaz mentiu: disse aos policiais que andava tranquilamente pela rua, quando teria sido repentinamente atacado por um homem e duas mulheres – completos estranhos, segundo ele –, que lhe teriam surrupiado o relógio e o maço de cigarros. E, assim, tornou-se simples vítima de assalto.

Não foi difícil aos policiais encontrar Marcelo e as duas moças: embora separados, andavam calmamente em direção às suas respectivas casas. Segundo narraram os próprios policiais, os três não procuravam se esconder nas sombras, nem corriam em fuga desabalada, como fariam assaltantes típicos.

Levados à delegacia do bairro, começou, ao menos para Marcelo, um pesadelo: os policiais civis não só se recusaram a reduzir a termo a versão dos presos, como espancaram Marcelo – que, até então, nunca tinha posto os pés em uma delegacia de polícia – barbaramente. Fizeram-no se ajoelhar sob um cano do qual saía água gelada, embora fosse uma daquelas noites frias que os paulistanos conhecem tão bem.

Quando a família, desesperada, finalmente descobriu o que estava acontecendo, os policiais se tornaram “amigos” e recomendaram um advogado “ótimo”. A proposta desse advogado? Cobrar uma fortuna (que a família não tinha) para, simplesmente, aguardar a condenação e, quando esta viesse, seu trabalho consistiria em “acelerar” a obtenção

de uma vaga para Marcelo no regime semiaberto. Confiável, não? Lutar pela absolvição de um cliente inocente não estava no “menu” dos seus serviços.

A situação estava nesse pé quando a irmã de Marcelo nos procurou. O caminho a seguir desde o início nos pareceu claro: era provar que a sedizente vítima mentia. Para isso, teríamos que encontrar testemunhas que tivessem visto vítima e réus juntos, confraternizando antes do “assalto”. Mas como fazê-lo? Não bastava, por exemplo, que as testemunhas afirmassem que quatro pessoas com características físicas semelhantes ao grupo em questão tivessem dividido uma mesa de bar e bebido juntas. Era necessário mais: que ao menos uma testemunha afirmasse categoricamente que tal quarteto ERA (e não apenas poderia ser) formado por réus e vítima!

Como trazer os quatro à presença de possíveis testemunhas para reconhecimento era uma impossibilidade absoluta – os três réus estavam presos e a suposta vítima, por motivos óbvios, jamais nos acompanharia –, decidimos serem necessárias fotos dos quatro para mostrar a quem pudesse tê-los visto juntos na fatídica noite.

Obter as fotos dos réus era fácil: bastava pedir às suas famílias. A da vítima, no entanto, era um problema; como iríamos consegui-la? Logicamente, ela jamais concordaria em nos fornecer uma foto sua se soubesse quem éramos e quais eram as nossas intenções.

A solução que encontramos foi digna de uma comédia. Olhando o boletim de ocorrência, descobrimos que o rapaz trabalhava como vigia de um prédio em construção. Um advogado da nossa equipe se fez passar por engenheiro e, conversando com o rapaz (que estava alcoolizado), conseguiu até que ele posasse orgulhosamente para fotos na frente da obra.

A partir daí, tudo correu bem: ao olhar as fotos, uma garçoneira do bar se lembrou bem de ter atendido os quatro e se dispôs a testemunhar.

Juntamos as fotos ao processo e sequer foi necessário ouvir a garçoneira: quando a suposta “vítima” viu a sua foto nos autos, levou tamanho susto, ficou tão desconcertado, que se confundiu completamente ao tentar sustentar a versão mentirosa que dera aos policiais. O juiz mandou soltar os réus imediatamente e, poucos dias depois, absolveu-os. Não houve recurso da acusação.

Fica a pergunta: e se a família, iludida e inexperiente, tivesse contratado os serviços daquele “advogado” indicado pela polícia? Por sinal, quantas famílias de presos já não terão sido vítimas desse senhor? Penso que tipos assim deveriam ser extirpados da profissão.

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

## Curso de Pós-graduação em Direitos Fundamentais

Junho a Agosto de 2013 em São Paulo



O IBCCRIM e o “Ius Gentium Conimbrigae” - IGC, Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, reunirão, mais uma vez, em São Paulo, professores brasileiros e portugueses para a realização da 4ª edição do curso de Pós-graduação em Direitos Fundamentais.

Vagas Limitadas

Realização



Em breve, inscrições abertas no portal IBCCRIM – [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)  
Informações: [cursos@ibccrim.org.br](mailto:cursos@ibccrim.org.br) - (11) 3111 1040 ramal 181.

## SEMINÁRIO IBERO-AMERICANO SOBRE DROGAS

8 e 9 de maio de 2013

Local: Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A ideia central do encontro é ampliar o debate no Brasil sobre as mudanças na política de drogas ocorridas nos últimos anos, com ênfase nos modelos existentes em Portugal e na Espanha, especialmente na Comunidade Autónoma do País Vasco, além da análise da conjuntura em alguns países da América Latina, nos quais o tema vem ganhando a agenda política. Todas as iniciativas recentes de descriminalização ou que apontem para uma perspectiva de tolerância serão abordadas.

### Palestrantes Confirmados

Jorge Quintas   PORTUGAL	Daniela Skromov de Albuquerque	Luciana Guimarães	Pedro Abramovay
Martin Barriuso   ESPANHA	Dartiu Xavier da Silveira	Maurício Fiore	Paulo Teixeira
Xabier Arana   ESPANHA	Luciana Boiteux	Maurides de Melo Ribeiro	Sérgio Seibel
Cristiano Avila Maronna			

### PARTICIPE DESSE ENCONTRO

Desconto para associados ao IBCCRIM e membros do Instituto Manoel Pedro Pimentel  
Inscrições abertas e informações no Portal IBCCRIM [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)

### APOIO

- Associação dos Antigos Alunos da Fac. de Dir. de SP
- AJD - Associação Juizes para a Democracia
- Centro Acadêmico XI de Agosto
- GDUCC - Grupo de Diálogo Universidade-Cárcere-Comunidade
- GETCrim - Grupo de Estudos de Temas de Criminologia
- RD FDUSP – Representação Discente Faculdade de Direito - USP

### PARCERIA

Instituto Manoel Pedro Pimentel



### REALIZAÇÃO



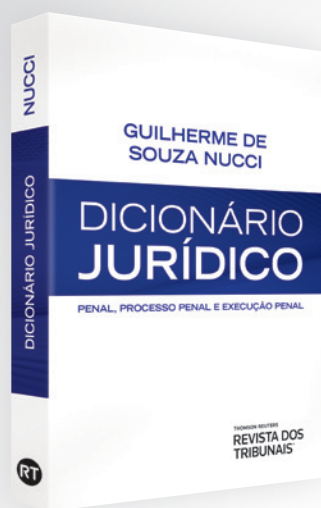
### PATROCÍNIO



THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

**GUILHERME DE SOUZA NUCCI**

**NOVIDADE !**



**DICIONÁRIO JURÍDICO**  
Penal, Processo Penal e Execução  
Guilherme de Souza Nucci

- Rápido acesso aos conceitos fundamentais de Direito Penal, Processo Penal e Execução Penal
- Definições essenciais e indicações das figuras típicas incriminadoras
- Permite o esclarecimento imediato e é, ao mesmo tempo, excelente fonte de pesquisa

**DEM AÍ !**

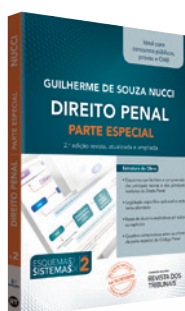


**NOVIDADE  
NO MERCADO**

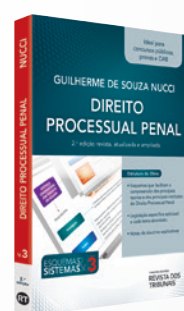
**OUTRAS OBRAS DO AUTOR:**



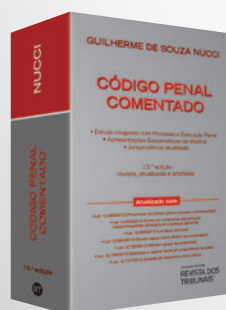
**DIREITO PENAL  
PARTE GERAL**  
Esquemas &  
Sistemas 1  
2.ª edição



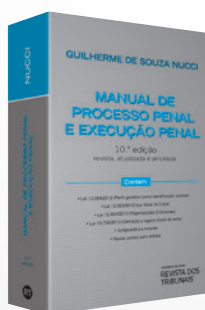
**DIREITO PENAL  
PARTE ESPECIAL**  
Esquemas &  
Sistemas 2  
2.ª edição



**DIREITO  
PROCESSUAL  
PENAL**  
Esquemas &  
Sistemas 3  
2.ª edição



**CÓDIGO PENAL  
COMENTADO**  
13.ª edição



**MANUAL DE  
PROCESSO  
PENAL E  
EXECUÇÃO  
PENAL**  
10.ª edição



**MANUAL DE  
DIREITO PENAL**  
9.ª edição

Televendas 0800-702-2433

**livraria  
RT**  
www.livrariart.com.br

SÃO PAULO • São Paulo • RIO DE JANEIRO • Rio de Janeiro • Niterói • Campos dos Goytacazes • MINAS GERAIS • Belo Horizonte • PARANÁ • Curitiba • Cascavel • Londrina • Maringá • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapecó • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIAS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió  
Endereços completos em: [www.rt.com.br/lojas](http://www.rt.com.br/lojas) ou [www.livrariart.com.br/lojas](http://www.livrariart.com.br/lojas)



THOMSON REUTERS™