

Editorial

O Sistema Prisional Brasileiro e as suas PPPs

Foi celebrada em Minas Gerais a primeira Parceria Público-Privada (PPP) no Brasil para administração de um complexo penal, fundamentada expressamente nos “princípios da necessidade de uma gestão profissional de unidades penitenciárias, aplicando conceitos de qualidade e eficiência na custódia do indivíduo infrator e promovendo a efetiva ressocialização do detento”. A fala oficial sobre o projeto enaltece ainda que “os ganhos de eficiência possam ser efetivamente verificados, bem como os níveis adequados de retorno sejam garantidos tanto ao operador quanto ao investidor”.⁽¹⁾

Alardeiam-se como vantagens do novo modelo a melhoria das condições de infraestrutura em um Estado que estaria saturado neste setor e impossibilitado de realizar novas políticas e investimentos em instalações de estabelecimentos prisionais. Porém, a aparente eficácia conferida pela lei e a instauração da ordem (esta última, tão cara àqueles que clamam por progresso) escondem uma série de problemas, tanto de ordem simbólica quanto pragmática.

A força simbólica das “PPPs” para administração carcerária é peculiar: transferir, ainda que parcialmente, o exercício do poder de punir é delegar ao particular a função mais primitiva do Estado, que é a concretização da pretensão punitiva, emitindo-se a mensagem de sua ineficácia em garantir uma organização social mínima e que passa a transferi-la a quem detém a “técnica” adequada para o serviço.

Realizar “PPPs” no âmbito do exercício do poder punitivo não é análogo a permitir ao particular explorar atividade econômica antes explorada pelo Estado (caso das empresas de telefonia). Também não se trata de repetir a duvidosa delegação da prestação de serviços de direitos sociais fundamentais como saúde e educação. Cuida-se de repassar a função fundadora do Estado moderno, que é o monopólio da violência, cuja limitação – representada pelo Direito Penal e pelo Direito Processual Penal – corresponde ao nascedouro dos direitos humanos de 1.ª geração, quais sejam, as liberdades negativas decorrentes da abstenção do Estado de matar o cidadão, prender o cidadão de forma ilegal, atentar contra sua integridade física e assim por diante. Nada é mais genuinamente de natureza pública e publicista, nem mais distante da gramática privatista.

No campo do pragmatismo, as potenciais consequências são igualmente nefastas, pois a lógica privatista sabidamente organiza suas regras de modo a atingir seu fim – extrair lucro do empreendimento – da forma mais eficaz. Ora, a rentabilidade de uma “PPP” para administração de um sistema prisional depende diretamente do aprisionamento de pessoas.

Supondo uma ingerência idealizada dos interesses privatistas (ou seja, imaginando-se empresários preocupados com as condições carcerárias e dispostos a abrir mão de qualquer centavo adicional decorrente de uma prisão de legalidade – ou necessidade – duvidosa, ainda que isso implique reduzir lucros e aumentar custos), mesmo assim deparamos com a grave força

simbólica da renúncia estatal a uma parte da pretensão punitiva, e pior, combinada ao fortalecimento da política de encarceramento em massa atualmente vigente. Todavia, não se podem descartar as prováveis consequências práticas deste novo modelo: a experiência cotidiana ainda não mostrou empresários dispostos a abrir mão de lucros. E, como dito, nesta situação, mais lucros somente se obtêm quando há mais presos.

O aumento do número de encarcerados, por sua vez, decorre de apenas duas razões: uma maior ocorrência de crimes (seja por aumento real da prática ou por aumento da repressão), ou a realização de prisões ilegais. E nenhuma das duas possibilidades interessa às vítimas de crimes, tampouco às vítimas do encarceramento, há tempos simbolizadas pela mesma sigla que hoje designa as “PPPs”: os pretos, pobres e prostitutas, clientes preferenciais do aprisionamento.

Por outro lado, o modelo privado beneficiará apenas uma parte, por certo diminuta, dos encarcerados, cabendo indagar quais critérios serão seguidos para eleger os que permanecerão em suas unidades – onde supostamente haverá “qualidade e eficiência na custódia do indivíduo infrator” e será promovida “a efetiva ressocialização do detento”. Isso porque, obviamente, não interessará ao empresário do cárcere a custódia, por exemplo, de presos refratários ao trabalho ou integrantes de facções criminosas, porquanto a manutenção e, sobretudo, a ressocialização de internos com perfis problemáticos exigirá maiores investimentos e retornará menores lucros. E num cenário em que estabelecimentos privados e públicos convivam lado a lado, estes certamente serão reservados aos indesejados do sistema, impondo-se-lhes uma espécie de *regime diferenciado de cumprimento de pena*.

Quem lucrará então com a lógica atraente do sistema de “PPPs” utilizado para a administração carcerária?

O Brasil é hoje o quarto país que mais prende no mundo, atrás de EUA, Rússia e China. Nossos quase 550 mil detentos estão submetidos a graves violações de direitos humanos, porque o Estado, ao privilegiar o aprisionamento como verdadeira panaceia a todas as questões de segurança pública, não tem sido – e não será – capaz de prover condições mínimas de dignidade. A política habitacional reduziu-se à construção de presídios, na fina ironia de **Nilo Batista**, e nada disso foi capaz de motivar ações transformadoras.

A privatização dos presídios consolidará a lógica perversa segundo a qual a prisão é um negócio. E o *business* penitenciário tem tudo para ser muito lucrativo, embora esteja claro que, como política pública, seja uma tragédia anunciada.

Notas

- (1) Detalhes sobre o projeto estão disponíveis em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/projetos-ppp/projetos-celebrados/complexo%20penal/>>.

| Editorial

Ex-guardas de campos de concentração levados a julgamento: atividade no campo de extermínio como injusto merecedor de pena?

Kai Ambos _____ 2

Monitoramento eletrônico e prova: novos desafios

Nuno Caiado _____ 4

Projeto Sarney de Reforma do Código Penal: qual será o impacto carcerário?

Alexandre Wunderlich e Rafael Braude Canterji _____ 6

Rumo à estação Brasília. Paradas: Tebas e Paris

Marcos Zilli _____ 8

A matemática humana do *habeas corpus*

Adriana Almeida de Oliveira e Paula Lima Hyppolito Oliveira _____ 10

Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de drogas

Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa _____ 12

Da racionalização do poder de punir mediante a criação do conceito de bem jurídico

Giancarlo Silkunas Vay _____ 15

| COM A PALAVRA, O ESTUDANTE:

Individualização da Pena e Jurisprudência Penal

Pedro Augusto Simões da Conceição _____ 17

| DESCASOS

Rogério: o dependente e os psiquiatras

Alexandra Lebelson Szafir _____ 19

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ _____ 1661

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Supremo Tribunal Federal _____ 1664

Superior Tribunal de Justiça _____ 1665

Tribunal Regional Federal _____ 1666

Tribunal de Justiça _____ 1667

Ex-guardas de campos de concentração levados a julgamento: atividade no campo de extermínio como injusto merecedor de pena?*

Kai Ambos

O atual debate sobre a perseguição penal de ex-guardas de campos de concentração nazistas, os quais hoje em dia possuem em torno de 90 anos de idade, não é nada novo, tampouco se limita à Alemanha. Neste país, trata-se de uma reedição do debate ocorrido acerca do julgamento de *John Demjanjuk*, realizado perante o Tribunal Provincial (*Landgericht*) de Munique, em 2011. Algo semelhante sucedeu no exterior com o julgamento dos crimes praticados pelos *Khmers Vermelhos*,⁽¹⁾ levado a cabo pela Câmara Extraordinária de Justiça cambojana. Uma característica comum em tais processos é a de que, geralmente, os acusados possuem idade avançada e, por isso, a miúdo não vivem até o final do processo, como ficou manifesto recentemente com a morte de *Demjanjuk* antes da execução de sua condenação, bem como de *Ieng Sary*, membro dos *Khmers Vermelhos*, em 14 de março de 2013. Também é comum a estes procedimentos o fato de exigirem enormes esforços de investigação, porque a maioria das vezes os fatos ocorreram há muito tempo e se carece de meios de prova seguros. Ademais, trata-se de processos – como no caso dos guardas dos campos de concentração – contra simples executores, isto é, pequenas peças no maquinário estatal de extermínio. Dessa maneira, a determinação da culpabilidade penal por meio do Direito Penal individual clássico não é uma tarefa simples. Sobre este ponto voltaremos mais adiante.

Já de início, vale a pena indagar: como se podem justificar tais processos desde uma perspectiva teórico-penal? Dificilmente se podem encontrar argumentos *preventivo-especiais*, relacionados com o autor, para a punição de autores de sistema (*Systemtäter*), sobretudo, quando esta tem lugar ao final de suas vidas. Os autores de sistema atuam em plena conformidade com seu sistema injusto e não de maneira desviada, pois fazem exatamente o que o sistema injusto espera deles, por exemplo, cumprindo tarefas organizatórias em um campo de extermínio. Quando o sistema muda, também eles adaptam seu comportamento às condições do novo sistema, convertendo-se em cidadãos pouco atraentes para o Direito Penal. Entram em conflito com o novo sistema somente em relação aos fatos cometidos no sistema superado. Trata-se justamente da superação de fatos passados, mas não de um comportamento desviado atual. Os antigos autores de sistema são hoje bons vizinhos que estão adaptados à nova sociedade e não necessitam ser ressocializados; tampouco a sociedade necessita ser protegida deles, porque já não são perigosos, especialmente devido a sua elevada idade.

A clássica ideia de retribuição, que olha para trás, diferentemente, tem relação com o fato e com os autores: pune-se porque se pecou (“*Punitur, quia peccatum est*”), e não, ou não somente, – de maneira preventiva – para que não se volte a pecar (“*Punitur, ne peccetur*”). Nas palavras de **Kant**, o autor é punido “porque delinuiu”, unicamente por seu próprio querer o fato. Assim, assinala **Kant**, ainda que uma comunidade que habite em uma ilha isolada do mundo fosse se dissolver, deveria, antes, por razões de justiça, punir até o último dos criminosos. Disso se extrai, falando em termos modernos, a ideia de uma compensação o mais exata possível da culpabilidade, a qual não só fundamenta a pena como também a limite. A ideia é claramente compreensível e por tal razão goza também, até os dias de hoje, da maior popularidade e, por certo, principalmente entre

Em uma sociedade secular e pluralista a utilidade social da pena é um aspecto adicional legítimo de sua justificação. A pena se justifica não só em relação ao seu próprio querer, mas deve servir para a produção da paz social, deve servir à prevenção e à solução de conflitos interpessoais

os leigos. No entanto, com isso se pode justificar não só a punição de crimes de sistema, como qualquer tipo de fato delitivo, sob a condição de que fosse punível no momento do fato; isto é, independentemente da utilidade social da pena. Considerações de oportunidade, que de forma muito minudente se encontram no ordenamento processual penal alemão, tem em tal enfoque tão pouco espaço quanto o instituto da prescrição (que, com efeito, na Alemanha foi derogada em 1979 em relação ao delito de assassinato, com vista à punição dos autores do nacional-socialismo). Entretanto, em uma sociedade secular e pluralista a utilidade social da pena é um aspecto adicional legítimo de sua justificação. A pena se justifica não só em relação ao seu próprio querer, mas sim deve servir para a produção da paz social, deve servir à prevenção e à solução de conflitos interpessoais. Apesar disso, a retribuição alcança seus limites precisamente nos crimes em massa (macrocriminalidade), porque tais crimes nunca podem ser compensados completamente por meio da sanção.

Embora a ideia de retribuição, entendida como compensação o mais exata possível da culpabilidade, proporcione uma fundamentação absolutamente plausível da pena, também e precisamente em relação ao injusto de sistema tem que ser complementada com considerações de utilidade social. Uma pena sem sentido para toda a sociedade não pode ser justificada em uma sociedade pós-moderna, na qual o Direito Penal represente somente um instrumento, entre muitos, de solução de conflitos. Em outras palavras, deve ser tida em conta pelas teorias *preventivo-gerais* dos fins da pena, ou seja, com referência à generalidade, mas de forma sociológico-empiricamente orientadas. Portanto, o que se deve perguntar é qual efeito tem a pena dos antigos autores de sistema na sociedade em seu conjunto. Um efeito preventivo geral-negativo no sentido da *intimidação* dos outros potenciais autores é colocado em dúvida já no marco do discurso geral do Direito Penal e se apresenta, no entanto, menos plausível em relação a autores por convicção motivados politicamente como *Hitler*, *Milosevic* ou *Pinochet*. De fato, não podemos saber com segurança, senão somente esperar que os criminosos de um sistema de injusto possam ser intimidados por meio da pena. Também se tem que distinguir entre os diferentes níveis de responsabilidade dentro de tal sistema e, por conseguinte, entre autores por mando, por organização e executores (*Vest*). Enquanto um guarda de um campo de concentração provavelmente pudesse ser influenciado mais diretamente por seu *peer group* do que por uma futura perseguição penal, no caso dos responsáveis, melhor informados acerca

do nível de comando ou de organização, isso poderia ser diferente. Por conseguinte, a perseguição de antigos criminosos de sistema somente pode encontrar um fundamento convincente, principalmente se for efetuada muito tempo depois da mudança do sistema – em sentido *preventivo-geral positivo* –, com vista às normas de uma sociedade. A vigência das normas violadas somente pode ser confirmada (de certo modo, “contrafaticamente”) e, com isso, restabelecida por meio da punição. Visto dessa maneira, a pena serve ao “restabelecimento do direito” (Hegel) que foi lesionado pelo fato punível (negação) e, por isso, tem que ser restabelecido com a pena (negação da negação). Portanto, a pena é o fortalecimento da confiança na norma e na fidelidade ao direito de toda a sociedade, sucintamente, da “prática do reconhecimento da norma” (Jakobs). “A pena não tem apenas uma função simbólica, mas sim uma função absolutamente real e comunicativa, porque sem confiança em suas normas, e, naturalmente, nas instituições que as aplicam nenhum Estado pode reclamar, a longo prazo, legitimidade perante a ‘sua’ sociedade.” A nova vinculação às ideias de retribuição se efetua sobre a ideia da justiça compensatória, que é a base de qualquer efeito preventivo-geral positivo da pena no sentido descrito. Assim, em resumo, a perseguição de antigos criminosos de sistema pode fundamentar-se, então, de maneira dualista com retribuição no sentido de compensação e com prevenção-geral positiva no sentido de confirmação da norma.

Todavia, em relação aos ex-guardas de campos de concentração – enquanto meros executores sem contribuição individual demonstrável para o delito – pode ser difícil a determinação precisa da norma violada que deve ser restabelecida por meio da pena; e isso nos traz novamente à *problemática da imputação* já estabelecida. A condenação de *Demjanjuk* por cumplicidade no assassinato em massa (em 16 casos), por ter prestado serviços no campo de extermínio de *Sobibor*⁽²⁾ sem prova individual de fatos concretos, pode servir realmente como precedente para as atuais investigações? O Tribunal Provincial de Munique, abandonando conscientemente uma prática judicial existente desde o processo de Auschwitz, em Frankfurt dos anos 1960, que exigia a “prova concreta do fato individual”, considerou suficiente o fato de que *Demjanjuk* havia prestado serviço como guarda durante o “despacho” de 16 transportadores de carga, porque *Sobibor* servia “ao único objetivo de assassinatos em massa da população judaica”, de modo que “toda atividade (...) no campo era uma promoção ao objetivo principal do campo de extermínio”. Para isso, o Tribunal se remeteu a uma jurisprudência da mesma época, que, no caso de campos de concentração “puros” tal como *Sobibor*, via no extermínio em massa o fato principal e em qualquer tipo de atividade em tais campos, com conhecimento do objetivo do campo, a contribuição de promoção necessária para a cumplicidade. Por último, com isso se invoca a intervenção punível em um projeto criminoso no sentido da teoria do Direito Penal internacional da “empresa criminosa conjunta” (*joint criminal enterprise*), a qual tem criado uma base de imputação especial para os casos dos campos de concentração. A respeito disso, seria determinante a qualidade criminosa do projeto, assim como a atividade geral do interveniente. No caso de se tratar de uma empresa criminosa pura (campo de extermínio “puro”), então toda atividade que

A pena não tem apenas uma função simbólica, mas sim uma função absolutamente real e comunicativa, porque sem confiança em suas normas, e, naturalmente, nas instituições que as aplicam nenhum Estado pode reclamar, a longo prazo, legitimidade perante a ‘sua’ sociedade

fomenta este objetivo tem que ser valorada como de cumplicidade. Isso vale indubitavelmente em relação a atividades relacionadas ao extermínio (por exemplo, no serviço de rampas), porém, também em simples órgãos administrativos (como, por exemplo, na contabilidade), porque sem estes os campos não poderiam cumprir com seu objetivo de extermínio. Essas atividades aumentam o risco do fato principal de “aniquilamento” e servem ao fim exclusivo de realização do projeto criminoso. No caso de condutas externas de apoio, as quais, de modo geral, não estão diretamente relacionadas com o extermínio (como, por exemplo, ministrar cianeto), dependem – segundo a teoria das ações neutras – se o fornecedor (por exemplo, de produtos alimentícios) conhecia o objetivo de extermínio do campo e, desse modo, o caráter fomentador de sua ação. Mesmo que se sigam essas diretrizes gerais, a fundamentação da responsabilidade individual continuará sendo difícil nas hipóteses de intervenção em projetos “mistos”. De qualquer forma, com vista a esta situação jurídica existe uma suspeita inicial de cumplicidade em crimes internacionais, que justifica uma investigação penal.

Notas

(*) Tradução da versão espanhola de Diego Tarapués, pelo Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen (Professor do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da UFRGS). Uma versão resumida do artigo foi publicada na “*FrankfurterAllgemeineZeitung*”.

- (1) Designação atribuída aos membros do “Partido Comunista do Kampuchea”, o qual governou o Camboja no período de 1975 a 1979. O regime instalado no Camboja pelo Khmer Vermelho, embora tivesse sido conhecido como “Kampuchea Democrático”, conduziu à instalação de um governo totalitário, o qual submeteu grande parte da população civil a trabalhos forçados, torturas e assassinatos em massa.
- (2) Campo de extermínio estabelecido pela Alemanha nazista em março de 1942, na cidade de Lublin, na Polônia, cujas operações perduraram até outubro de 1943.

Kai Ambos

Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional na Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha). Juiz do Tribunal Provincial de Göttingen (Landgericht).



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

Monitoramento eletrônico⁽¹⁾ e prova: novos desafios

Nuno Caiado

1. Sobre o monitoramento eletrônico

Em conversa com um veterano que tem acompanhado o monitoramento eletrônico (ME) desde os seus primórdios nos EUA, ele referiu que aqueles que o viram nascer tinham expectativas elevadas em termos de esse instrumento penal ocupar um espaço mais significativo na execução das penas, retirando mais pessoas das prisões e reforçando a *probation* clássica (para a *probation*, ver CAIADO, 2011a); acreditavam também que o ME teria um papel mais proeminente na criminologia e penologia modernas. Tal, na verdade, não veio a suceder: a reflexão sobre a justiça penal e o pensamento sobre o tratamento penitenciário ainda não abraçaram o ME como um tema de grande relevância,⁽²⁾ apesar da sua relativa disseminação já no século XXI graças à sua eficácia operacional, diversificação tecnológica e baixos custos relativos. Todavia, é possível que o atual surto expansionista na América Latina venha a mudar o cenário penalógico nos próximos 10 anos.

O que explica historicamente o aparecimento e desenvolvimento do ME é a sobrelotação prisional e as tendências punitivas dos Estados (KILGORE, 2012), fatores que, na atualidade, podem ser acelerados pela pressão da indústria: por meio de processos de fusão, a concentração da indústria internacional proporciona mais capital e capacidade de investigação científica às empresas do setor, transformando-a em uma nova polaridade do panorama correcional; nesta matéria, também o aparecimento de empresas brasileiras não deve ser ignorado.

As realidades do ME nas Américas e Europa não são todas iguais, oscilando entre o mero controle e o reforço da supervisão de delinquentes a cumprir penas e medidas na comunidade. Mas, em uma observação de alta altitude, poderemos estar a assistir à lenta formação à escala mundial de uma nova tendência capaz de modificar os tradicionais paradigmas penais mediante a criação de um novo território penal (CAIADO, 2012) entre o espaço prisional e o da *probation* clássica, ampliando as “penas intermédias”, agora servidas e fortalecidas pelo ME. É por isso que pode fazer sentido olhar o ME como um movimento que pode vir a alterar o *status quo* punitivo.

Se a tecnologia de radio-frequência⁽³⁾ parece transferir a punição do território público⁽⁴⁾ e coletivo – o estabelecimento prisional – para um domínio privado e individual – a habitação do delinquente –, já a geo-localização por GPS abre novos horizontes a um escrutínio do delinquente vigiado que se concretiza no tempo e no espaço, em movimento, com acesso a mais e mais detalhada informação, controlando o que nunca antes não era controlável. Consequentemente, tal como sucede com todas as reações ou respostas penais, o ME limita os direitos individuais pelo que é fundamental construir balizas éticas e jurídicas adequadas (CAIADO, 2011b) que preservem a segurança da comunidade e, concomitantemente, os direitos humanos das pessoas vigiadas.

2. Novas questões

A internet e a telemática mudaram rapidamente o nosso modo de vida: a informação, o conhecimento, o consumo, as relações sociais, a economia, a política, o exercício dos poderes e também a justiça. Mudou também a noção de privacidade. Tudo está em mudança – eis o novo paradigma.

Como meio telemático, o monitoramento eletrônico terá novo impacto na justiça e no direito, que deverão pensar uma reprogramação com vista a se adaptarem a realidades qualitativamente diferentes. Nesse contexto, relevante equacionar o problema da ausência de sua previsão legal como meio de prova e meio de obtenção de prova

O ME tem características em termos da sua execução que vêm levantar um conjunto de novas interrogações relevantes ao direito e à ética, incluindo a produção da prova e sua utilização em sede, principalmente, de outros processos que não aquele pelo qual o vigiado se sujeita ao ME.

O ME vive a sua juventude, mas talvez dentro de uma década deverá ser um instrumento de supervisão maduro e vulgarizado. Como meio telemático, terá um novo impacto na justiça e no direito, pelo que a justiça e o direito deverão pensar uma reprogramação com vista a se adaptarem a realidades qualitativamente diferentes. Nesse contexto, parece relevante equacionar de raiz o problema da ausência de previsão legal do ME como meio de obtenção de prova e meio de prova. A sua disseminação como meio de controlo penal implicará a multiplicação de episódios que obrigará a melhor clarificação do uso que poderá e, em alguns casos, deverá, ser dado à abundante informação produzida.

Vejamos algumas questões para aprofundar a reflexão.

- 1.^a As provas fornecidas por sistemas automáticos podem gerar tensão quando contradizem o testemunho de pessoas. As máquinas ao serviço do Estado poderão ser criticamente percebidas como ameaças orwellianas; mas, de fato, os testemunhos pessoais têm uma dimensão subjetiva, contrastando com dados objetivos gerados por máquinas aferidas por padrões internacionais de integridade, e lidos e interpretados por serviços orientados e geridos por *standards* e por um código de ética.⁽⁵⁾
- 2.^a É suposto que os sistemas de ME sejam herméticos devido à sua complexidade e segurança, o que tende a complicar o exercício do princípio do contraditório. Entrar no âmago tecnológico do ME e fazer “contra-prova” deverá ser tarefa árdua, senão impossível, já que os dados produzidos ou captados pelos sistemas de ME, embora objetivos, requererão leitura e interpretação, o que pressupõe determinadas competências e experiência. Por outro lado, esses dados são únicos, irrepetíveis e insuscetíveis de serem gerados por sistemas alternativos.
- 3.^a Na generalidade dos Estados nacionais, o ME é um meio de obtenção de prova inominado, ou seja, não integra a lista de meios específicos de prova previstos nos códigos ou demais legislação. Ora sendo um instrumento de supervisão da execução penal na comunidade, o ME poderá produzir resultados acidentais

(incriminatórios ou não) que poderão relevar noutros processos. Quando um conjunto de dados obtidos pelas operações regulares de ME é utilizado como prova, então o sistema de ME será convertido em meio de prova.

Tratando-se de matéria nova, arrisca-se um esboço conceptual:

- a) meio de obtenção de prova – é o sistema de ME que produz grande quantidade de dados sobre os vigiados, dados esses que poderão ser reutilizados para fins de investigação criminal no processo à ordem do qual o vigiado se encontra em ME (em fase anterior ao julgamento) ou em qualquer outro processo, matéria a tipificar na lei processual penal.
 - b) meio de prova – é o material informativo/dados produzidos no/pelo sistema de ME em grande variedade e quantidade (ex.: saída/entrada na habitação, permanência em determinado momento em um local proibido ou autorizado, trajeto, sua velocidade etc.).
 - c) prova – é o fato concreto que adquira relevância para o apuramento da verdade material: a informação concreta nele contida válida ou inválida outra informação.
- 4.ª Muitas outras interrogações se levantam, ainda porventura sem resposta óbvia, abrindo um amplo campo de discussão filosófica e doutrinal:
- a) pode o sistema de ME ser um modo legítimo de obtenção de prova?
 - b) admitindo que o ME é um modo legítimo de obtenção de prova, bastará um pedido do Ministério Público, ou a autorização para a recolha de dados tem que ser emitida por um juiz em despacho fundamentado?
 - c) pode a polícia solicitar dados sobre o ME no âmbito da investigação criminal?
 - d) em que medida o consentimento prestado pelo vigiado⁽⁶⁾ legítima ou não esta “exportação” da informação gerada pelo sistema de ME?
 - e) é aplicável uma delimitação da proteção da vida privada?
 - f) como conciliar interesses aparentemente contrários tais como a proteção da privacidade e a investigação criminal sem prejudicar nenhum dos dois aspetos?
 - g) não deveria o processo penal assegurar direitos e deveres clarificando as circunstâncias em que os pedidos se podem processar, isto é, em que as provas podem ser obtidas?

Em resumo, o problema do acesso de terceiros aos dados do ME colocar-se-á quanto às circunstâncias em que tribunais ou polícias o fazem, alegando finalidades relacionadas com a investigação criminal, especialmente quando esses dados são gerados em um âmbito distinto e em outro processo.

5.ª Essas questões adquirem outra (maior) intensidade com a tecnologia de geolocalização porque o GPS produz e fornece muito mais dados e de qualidade superior (trajetos, velocidade, posição, duração da posição). Até porque não é suposto que os serviços de ME conheçam permanentemente a localização e demais dados sobre o sujeito vigiado; o conhecimento sobre o vigiado deve limitar-se⁽⁷⁾ aos momentos em que se registram violações das zonas proibidas (violação de uma zona de exclusão, ou de uma zona de inclusão); desse modo, aceder a dados existentes no sistema, mas que não são habitualmente monitorizados, é, certamente, uma questão a refletir.

O problema poderá ser agravado quando a parte suspeita e alvo de investigação criminal for uma pessoa com o estatuto de vítima; esta pessoa não está objetivamente vigiada, embora esteja envolvida ativamente no processo de ME, razão pela qual sobre ela é gerada uma

A maturidade do monitoramento eletrônico não será alcançada pela idade nem pelo domínio operacional da tecnologia mas, sobretudo, pela adequação do direito à nova realidade

quantidade e qualidade de dados não necessariamente iguais mas pelo menos idênticas à do agressor vigiado.

3. Conclusão

Da atual juventude do ME à maturidade deverá decorrer cerca de uma década; a maturidade não será alcançada pela idade nem pelo domínio operacional da tecnologia mas, sobretudo, pela adequação do direito à nova realidade. A justiça penal não deve ignorar o papel que estas tecnologias terão em médio prazo; pelo contrário, é do interesse do direito, da democracia e da ética refletir sobre o ME e preparar-se para uma gama ampla de impactos na realização da justiça.

Referências bibliográficas

- CAIADO, Nuno. 2011a. A urgência das penas alternativas à prisão efetiva no Brasil. *Boletim do IBCCRIM*, n. 227, out., 2011.
- CAIADO, Nuno. 2011b. Notas sobre a admissibilidade ética do monitoramento eletrônico. *Boletim do IBCCRIM*, n. 225, ago., 2011.
- CAIADO, Nuno. 2012. The Third Way: an Agenda for Electronic Monitoring in the Next Decade. *The Journal of Offender Monitoring*, v. 24, n. 1, ed. Civic Research Institute, EUA.
- KILGORE, James. 2012. Progress or More of the Same? Electronic Monitoring and Parole in the Age of Mass Incarceration. *Critical Criminology*, v. 20, n. 4, EUA.
- LILLY, J. Robert; KNEPPER, Paul. 2009. An International Perspective on the Privatisation of Corrections. *The Howard Journal of Criminal Justice*, v. 31, Issue 3:174-191. EUA.

Notas

- (1) Apesar de a lei brasileira consagrar o termo “monitoração eletrônica”, optou-se por usar a expressão “monitoramento eletrônico” que é mais comum, mesmo na comunidade jurídica.
- (2) A título de exemplo, uma obra de referência como *Offender Supervision – new directions in theory, research and practice*, 2010, Willan Publishing, Inglaterra, em 25 capítulos conta apenas com um sobre o ME. Os restantes 24 não lhe fazem referência.
- (3) Destinada a fiscalizar as formas de permanência na habitação que assumem fórmulas juridicamente distintas como “obrigação de permanência na habitação” (Portugal), *house arrest* (EUA) ou *bail curfew* (Reino Unido).
- (4) Malgrado a bárbara tendência para prisões privadas sob concessão estatal.
- (5) Isso partindo do princípio que o sistema assenta em boas práticas e se baseia em sistemas certificados.
- (6) Partindo do princípio que todos os casos sob ME têm esse pressuposto satisfeito de acordo com as melhores práticas internacionais.
- (7) De novo, partindo do princípio que são seguidas as melhores práticas internacionais.

Nuno Caiado

Especialista em *probation* (30 anos de experiência) e monitoramento eletrônico (10 anos de experiência).

Membro da Comissão para o Estudo do Monitoramento Eletrônico de Detentos da OAB/SP.

Projeto Sarney de Reforma do Código Penal: qual será o impacto carcerário?

Alexandre Wunderlich e Rafael Braude Canterji

I. Reformas legais e populismo punitivo

A falência dos presídios e manicômios é um problema muito visível. É desnecessário sublinhar que é preocupante a caótica situação carcerária brasileira, cujo retrato é divulgado pelos meios de comunicação e inquieta organismos nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos.⁽¹⁾

Ao lado deste estado miserável – ou de miséria humana – vem sendo debatido o chamado Projeto Sarney de Reforma do Código Penal (n. 236/2012), fruto do requerimento do Senador Pedro Taques, que uma vez aprovado instituiu no âmbito do Senado Federal uma Comissão de Juristas para elaboração do Anteprojeto de Reforma do Código Penal.

O projeto, como é cediço, tem sofrido inúmeras observações por parte da Academia, sobretudo de penalistas do porte de **Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Juarez Tavares e Juarez Cirino dos Santos**, nomes colocados em realce, dentre tantos outros, justamente em razão da contundência e solidez das críticas.

Então, não se trata aqui, de tecermos juízos críticos sobre o que entendemos errado no projeto, equívocos graves como a falta de técnica no tratamento de categorias jurídicas consolidadas no país, a forte tendência de (simplesmente) seguir a jurisprudência dominante e a má incorporação de certas teorias estrangeiras. Aliás, isso já foi bem feito por eminentes juristas, inclusive no campo aberto ao debate promovido pelo IBCCRIM.

Tratamos da questão político-criminal e penitenciária. Obviamente que ainda há um grande processo legislativo até que o diploma penal seja sancionado (e desejamos que não o seja). Contudo, um ponto merece atenção no debate plural sobre a reforma do Código Penal após mais de 25 anos da última legislação coerente e sistemática do país – Parte Geral e Lei de Execução Penal (1984).

Concordamos que o momento atual não é o ideal para a afirmação de uma política criminal de índole minimalista, de limitação do poder punitivo e, por suposto, de redução do âmbito de atuação do Direito Penal.⁽²⁾ Infelizmente, falta consciência coletiva sobre o respeito aos direitos humanos e após mais de 20 anos da Constituição Federal ainda buscamos mecanismos que limitem o que **Salo de Carvalho**⁽³⁾ diagnostica como sedução pelo poder penal, fascínio pela violência e populismo punitivo a partir de pânico morais. Experimentamos no Brasil, usando as palavras de **Daniel Pastor**,⁽⁴⁾ um momento de neopunitivismo, de descodificação e de caos jurídico penal.

O fato é que ao longo das últimas décadas não temos tido êxito na conciliação das conclusões da ciência com as imposições da política. Não conseguimos frear propostas legislativas que visaram demagogicamente o incremento de políticas autoritárias para atender reclamos sociais com eco na mídia. Por isso, as últimas reformas penais, desde a década de 1990, têm levado juristas à perplexidade. Não raras vezes, devido à baixa qualidade legislativa e ao objetivo de atender o “são sentimento do povo”, publicamos dispositivos absolutamente inconstitucionais (assim declarados, uma década depois, pelo STF).

Eis o ponto: o projeto segue esta tendência à ampliação do Direito Penal, como se fosse o único instrumento de resolução dos conflitos sociais, violando, direta e indiretamente, princípios de um Direito Penal humanista que parte da ideia de liberdade.⁽⁵⁾ A verdade é que

existe um monólogo, pois não há, no país, qualquer discussão sobre modelos alternativos à justiça criminal como propõe **Daniel Achutti**.⁽⁶⁾

II. Necessidade de estudo de impacto carcerário para cada nova legislação penal

No cenário brasileiro – crise de legalidade e déficit de garantias, ampliação da intervenção penal e falência carcerária – acreditamos ser imperioso que um projeto de Código Penal traga consigo outro estudo importante, um exame técnico sobre o impacto da nova legislação no sistema carcerário.

É evidente, a nosso sentir, que um projeto que inova em criminalizações, endurece o critério de progressividade no cumprimento das penas e termina com o livramento condicional, que deve vir acompanhado de um laudo técnico criminológico sobre a previsão de encarceramento (futuro) a partir da aplicação do novo texto de lei e da política a ser implantada.

Seria uma irresponsabilidade brutal aprovar um Código Penal tal qual como está no projeto, deixando ao Poder Executivo uma situação de risco e um futuro incerto. Hoje, não existe qualquer previsão sobre qual a dimensão carcerária que um novo Código Penal produzirá. É desconhecida inflação (ou não) do sistema prisional a partir da aplicação da lei por determinada região, por exemplo. Então, cabem algumas perguntas que são imperativas: Questões básicas como qual a incidência da criminalidade tutelada por área em um período de dez ou vinte anos? Qual o número de vagas necessárias para o atendimento dessa nova população? Qual a demanda de tempo para criação destas vagas e qual o número de servidores e de agentes da execução penal, de Juízes? Em resumo, reiteramos que “qualquer reforma, por menor que seja, deve criar condições de efetiva aplicabilidade, diminuindo ao máximo, dentro dos limites do possível, os efeitos perversos. Essa tarefa é tanto mais imperiosa quanto maiores são as diferenças entre os modelos político-criminais defendidos pela academia e os implementados pela política. O movimento pendular da política criminal entre minimalismo e punitivismo não pode obstar a efetivação do texto constitucional e a tutela dos direitos humanos. Exige-se, pois, um mínimo de compromisso do Legislativo com a Constituição”.⁽⁷⁾ Bem na linha das investigações de **Salo de Carvalho**, que advoga a necessidade de uma Lei de Responsabilidade Político-Criminal ao tratar do “papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo”.⁽⁸⁾

Alguns defensores do projeto têm dito que o texto tem índole “garantista” – a regra da insignificância, a descriminalização do uso de drogas, por exemplo. Sinceramente, não acreditamos que estas pequenas alterações que já estão consolidadas na práxis forense minimizarão o bárbaro incremento penal que busca o projeto.

Basta pensarmos que o tipo de lavagem de dinheiro, abolido o crime antecedente, será acoplado (esta é a palavra) a todos os demais tipos, sempre que houver ocultação de bens e valores, como já tem sido feito. Lembre-se que o tipo de lavagem de dinheiro tem uma pena mínima de três anos (art. 371). De igual modo, o tipo legal de crime de organização criminosa, que está pessimamente definido, mas que incidirá em todas as associações organizadas para o fim específico de cometer crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a quatro anos, também tem pena mínima de três anos (art. 256); e mais, se a

organização for miliciana a pena mínima está fixada em quatro anos.

Historicamente, as últimas reformas, não apenas penais como processuais, foram parciais e transformaram a legislação em um verdadeiro cipoal de normas. No momento em que se pretende uma reforma completa da legislação penal o estudo criminológico recebe redobrada relevância. Um estudo preliminar pode indicar efeitos da reforma da parte geral e da parte especial, estabelecendo rígidos critérios sobre bens jurídicos, o que se pode ou se deve criminalizar e, ainda, com qual resposta penal – pena privativa de liberdade ou não. Uma vez estabelecidos os bens jurídicos e desenhados os tipos, pode-se saber quais as efetivas consequências da criminalização.

Essa tarefa é tanto mais imperiosa quanto maiores são as diferenças entre os modelos políticos que se pretenda implantar, ultimamente modelos extremistas – maximalismos. A figura do “legislador”, em momentos como o presente, tem de ter ciência de suas responsabilidades e dos efeitos de sua ação. Temos que reconhecer que uma reforma ampla, feita de forma açodada, sem um estudo sobre as consequências da criminalização e a taxa de encarceramento futuro trará sérias consequências. É demasiadamente irresponsável.

III. Enfrentamento dos problemas carcerários: o caminho a seguir

Sobre o enfrentamento dos problemas carcerários, muito se fala e pouco se faz. Raros são aqueles que investigam a questão com seriedade e propõem formas de alterar a realidade dos presos e doentes mentais selecionados pelo sistema punitivo.

Passados mais de 25 anos da publicação da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal, o que se constata é que foram mais de duas décadas de descaso. Esta violação continuada dos artigos da LEP fundamentalmente, é a causa maior da ruína do sistema prisional. Décadas de omissão e o resultado é um sistema prisional falido, fétido, sem apoio do Poder Executivo e da sociedade.

Não pode haver qualquer tratamento digno em um cárcere superlotado, onde múltiplas doenças convivem com todos os tipos de drogas. A força pelo cumprimento da LEP e a consciência desses problemas representam o início da alteração do quadro atual e isso, agora, em nosso pensar é mais importante que um novo corpo de leis. Atitudes precisam ser tomadas, as pessoas são mais importantes que as leis. Portanto, do ponto de vista das reformas penais, é inadmissível qualquer alteração que não faça uma análise criteriosa

das consequências das medidas no sistema penal como um todo e no sistema de execução penal, em especial.

Notas

- (1) Tome-se como exemplo a representação formal na OEA denunciando as péssimas condições do Presídio Central em Porto Alegre/RS, que foi redigida com a participação do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (!TEC/RS) conjuntamente com outras sete entidades que compõem o Fórum da Questão Penitenciária no RS, coordenado pela Ajuris. Em 11.02.2013 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA solicitou à União o envio de informações sobre medidas visando à preservação da vida, assistência médica, controle de superpopulação, plano de emergência contra incêndios etc.
- (2) Sobre as premissas teóricas da política criminal que queremos, ver CANTERJI, Rafael Braude. *Política criminal e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- (3) *Antimanual de criminologia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25.
- (4) *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, p. 14.
- (5) Nessa linha de raciocínio: VALENTE, Manuel Guedes. *Direito penal do inimigo e o terrorismo: o progresso ao retrocesso*. São Paulo: Almedina Brasil, 2010, p. 45.
- (6) *Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea e restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Ver também: *Direito penal e justiça restaurativa: do monólogo ao diálogo na justiça criminal*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 210, maio, 2010, p. 9-10.
- (7) WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo. Reformas legislativas e populismo punitivo: é possível controlar a sedução pelo poder penal? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 218, jan., 2010, p. 10.
- (8) *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 257-261.

Alexandre Wunderlich

Professor Coordenador do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da PUC-RS.
Conselheiro Federal da OAB.
Ex-Presidente do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (!TEC/RS)

Rafael Braude Canterji

Professor de Direito Penal da PUC-RS.
Diretor-geral da ESA da OAB/RS.
Conselheiro do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (!TEC/RS)

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Rogério Fernando Taffarelli

COORDENADORES ADJUNTOS:

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

CONSELHO EDITORIAL:

Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Anderson 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, Gabriel

Huberman Tyles, 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, Mariana Chamelette, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Nathália Rocha de Lima, Octavio Augusto da Silva Orzari, Pedro Beretta, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Renato Stanzioila Vieira, Rodrigo Nascimento Dall'Acqua, Taisa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira e Vinicius 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 Thaís de Melo, Eduardo Samoel 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 Ilg, Milene Mauricio, 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, Thaís Tanaka e Thaís Bernhardt Ribeiro.

PROJETO GRÁFICO:

Lili Lungarezi - lili@lungarezi@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

Rumo à estação Brasília. Paradas: Tebas e Paris

Marcos Zilli

*Revelo-me hoje o que sou de fato:
um criminoso, saído de criminosos...*

(Sófocles)

Para além da leitura psicanalítica, largamente difundida, a tragédia de Édipo Rei comporta uma análise que perpassa pelas relações de poder e pela afirmação do vigor da democracia ateniense.⁽¹⁾ A verdade, reconstruída em diferentes planos, revela-se no momento em que a profecia divina é confirmada pelo relato fornecido por um servidor. A criança, a este entregue para ser morta e que por compaixão foi mantida viva, era, em realidade, filho de Laio e de Jocasta, pessoas que, no futuro, seriam mortas pelo próprio filho. Inconformado com o destino que lhe foi reservado e por ele mesmo construído – e que finalmente é confirmado – Édipo se autoflagela, arrancando os próprios olhos. A cegueira que o acompanhou em vida, e que por conveniência o impediu de se descobrir e de revelar à cidade os aspectos mais sórdidos de sua existência, passa a ser agora real e, portanto, dolorosa. A ela segue-se a punição, representada pela expulsão da própria cidade que, por muito tempo, Édipo governou alimentado por uma falsa aura de higidez moral.

A incômoda verdade, que descortina o manto falacioso dos triunfos de Édipo, repousa nas mãos do mais humilde servidor. É neste ponto que os planos mais opostos se tocam. A confirmação da profecia divina se dá pela revelação da verdade que, por sua vez, é detida pelo mais simples mortal. O servidor detém o conhecimento do passado e, portanto, possui a mais importante das armas: a verdade e a sua revelação. A sua voz, que é a voz do testemunho, tem o vigor de desencadear a punição do rei. Édipo não só perde o poder como sofre a mais dura das punições: a expulsão da cidade.

Nesses pontos destacados, a tragédia apresenta uma Justiça virtuosa a qual é alimentada pelo ideal democrático. Ainda que o selo de validade do depoimento do servidor seja dado por sua adequação à profecia divina, é o seu relato, em última análise, que leva à destituição do soberano e a rejeição deste pela cidade que governara. O valor da democracia repousa, pois, no poder que todos detêm e na força transformadora da voz individual. Eis os mistérios da Democracia e da Justiça. A Justiça não distingue e a punição há de ser aplicada independentemente da condição de seus destinatários. O poder pertence a todos e, portanto, qualquer pessoa detém a potencialidade de provocar o rompimento do elo de confiança que é outorgado ao soberano. Basta que revele a verdade. Basta que a Justiça lhe dê voz e que o ouça. É o poder da palavra que se sobressai sobre o da aparência. Daí a imagem de uma Justiça vendada, porém pronta a ouvir indistintamente.

Mas a Justiça não pode ser dimensionada apenas em seu compromisso com a verdade e em seu potencial concretizador da democracia. Nesse ponto, a energia do pensamento iluminista, irradiada a partir da Revolução Francesa e dos acontecimentos que se sucederam, constitui importante balizamento para que a verdade possa ser alcançada por caminhos justos. Há, portanto, um roteiro válido a seguir, o qual desconstrói o mito da própria verdade como meta suprema a se alcançar. A verdade é aquela construída à luz de um padrão ético processual no qual o valor da dignidade humana é a força motriz. Trata-se, portanto, de uma verdade atingível por meios de legitimação do exercício do poder. A valorização da presunção da inocência, do juiz natural e da ampla defesa são apenas alguns dos exemplos setoriais do vasto campo do devido processo.

A cultura jurídica herdada pela modernidade vê como potencialmente perigosos o desvio e o abuso do poder punitivo⁽²⁾ A questão que, em um primeiro momento, é elevada ao plano dos direitos fundamentais dos

A verdade é aquela construída à luz de um padrão ético processual no qual o valor da dignidade humana é a força motriz. Trata-se, portanto, de uma verdade atingível por meios de legitimação do exercício do poder

Estados, alça, a partir de meados do século passado, voos mais ambiciosos integrando o campo do direito internacional dos direitos humanos.⁽³⁾ Ou seja, a internacionalização das garantias processuais penais se, de um lado, reforça a trajetória histórica do pensamento humanitário, sacramenta, por outro, a dimensão mínima do devido processo penal a ser respeitada e implementada por todos os sistemas jurídicos nacionais. Esta é, portanto, uma conquista histórica não sendo possível qualquer inflexão.

O julgamento da Ação Penal 470 pelo STF, popularmente conhecido por “Mensalão”, reúne alguns dos ingredientes da Justiça edipiana. No centro da acusação repousam práticas de usurpação do poder em favor de benefícios partidários e pessoais. Experiência lamentável de abuso de poder econômico e político, no protagonismo das condutas delituosas figuraram expoentes do então governo federal que, na época, alegou tudo desconhecer. Seguramente, o caso marcará tristemente a memória política brasileira. Mas, é certo que o resultado final demonstrou o quão salutar é o resguardo da independência do Judiciário. Ainda que marcada em sua composição pela indicação política, a mais alta Corte não se deixou influenciar pelos atos de origem em sua formação. O julgamento foi um exemplo salutar de que a Justiça virtuosa se alimenta da democracia e que esta é por aquela fortalecida.

Mas qualquer análise, para ser completa, tem que levar em consideração, igualmente, o resguardo da dimensão do justo processo. E, nesse passo, um dos importantes aspectos que merece reflexão envolve a garantia do juiz natural e suas consequências. É fato inegável que a observância das regras de competência por prerrogativa de função, no caso do “Mensalão” desmistificou a impressão generalizada de que constituem privilégios instituídos para reforçar uma odiosa desigualdade processual e, com isso, inviabilizar o exercício do poder punitivo. Ao menos nesse caso, a fixação da competência do STF foi decisiva para que o julgamento chegasse a termo, sendo possível duvidar de que a ação fosse julgada definitivamente caso tramitasse por todos os graus de jurisdição.

Há, contudo, um efeito pernicioso que merece ser destacado.

Como regra integrante e complementadora do juiz natural, a observância da competência por prerrogativa de função limita outra importante garantia, qual seja a do duplo grau de jurisdição. Com efeito, a perspectiva de reexame amplo das decisões e a previsão dos meios processuais de expressão da impugnação são sensivelmente limitadas quanto mais se percorre a escadaria da estrutura judiciária. O choque entre as garantias é, portanto, evidente.

A solução supõe escolhas e estas, por sua vez, exigem uma ponderação que avalie os bens protegidos pendendo a balança para aquele que se apresentar mais importante. Ao menos em tese, a competência por prerrogativa de função visa assegurar a independência e a imparcialidade que, indiscutivelmente, são valores fundantes da Justiça. Por sua vez, o duplo grau de jurisdição, ao menos em tese, atende ao controle

natural dos atos judiciais, propiciando uma decisão mais próxima da exatidão. No caso brasileiro, a escolha foi feita pelo próprio legislador constituinte que, entre um e outro valor, optou por resguardar os ideais da independência e da imparcialidade. Se a opção é correta ou mesmo justa é questão que envolve uma discussão muito mais ampla e que não poderia ser aqui esgotada.

Mas a questão mais sensível toca aqueles réus que, mesmo não exercendo qualquer função que justificasse a atuação originária dos graus superiores de jurisdição, viram a competência – e, portanto, a garantia do juiz natural – determinada por força de aspectos que lhes são estranhos. Mesmo não exercendo função ou ocupando cargo que justificasse um tratamento especial, viram-se reunidos sob o mesmo julgador. Dir-se-á que a questão passa pela necessidade de se resguardar a uniformidade dos julgamentos e, portanto, pela necessidade de se manter a coesão da atividade jurisdicional o que, em última análise, envolve uma questão de segurança jurídica. A ponderação é obviamente correta. Porém, ela não enfrenta a questão dentro da perspectiva das garantias. A necessidade de se resguardar a coesão dos julgamentos – que é um fator que atende os interesses da Justiça – é suficiente para justificar o deslocamento do juiz natural e, principalmente, para limitar o exercício do duplo grau de jurisdição? Seria possível uma solução mais conciliatória?

O sensível embate entre a competência originária e o duplo grau de jurisdição não é novo. Com efeito, no RHC 79.785-7/RJ, julgado em 29 de março de 2000, o STF foi chamado a decidir sobre a violação da garantia do duplo grau de jurisdição quando da decisão de rejeição de recurso inominado, “com força de apelação”, interposto contra acórdão condenatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no contexto de ação penal originária ali processada. A ação envolveu a acusação de várias pessoas por diversas fraudes cometidas em prejuízo do INSS. Dentre os acusados, figurava um juiz de direito, fato que levou à afirmação da competência originária do Tribunal estadual. A discussão tomou ares interessantes já que uma advogada, processada e condenada pelo Tribunal estadual, quis provocar o reexame amplo da decisão condenatória e, para tanto, valeu-se de recurso não previsto em lei. Da decisão de não recebimento, foi impetrado *habeas corpus* ao STJ o qual foi indeferido liminarmente. A questão aportou, então, ao STF onde se invocou a violação da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) no aspecto específico da garantia do duplo grau de jurisdição.

Naquela oportunidade, a maioria dos Ministros entendeu que o texto constitucional não incorporava tal garantia e que a CADH, por sua vez, não teria a força hierárquica suficiente para alterar os dispositivos constitucionais. É importante pontuar que o STF não havia, àquela época, incorporado o entendimento da suprallegalidade das normas internacionais de direitos humanos que, anos depois, se consolidou. De qualquer modo, mesmo no contexto daquela votação, destacaram-se os votos minoritários dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso que reconheceram a imperiosa necessidade de se emprestar efetividade à CADH, posicionando-a no mesmo nível hierárquico que a Constituição. Chegaram, inclusive, a propor que se reconhecesse, doravante, a admissibilidade ampla dos efeitos dos recursos interpostos contra decisões condenatórias proferidas pelos Tribunais inferiores no âmbito das ações originárias.⁽⁴⁾

Independentemente dos avanços já conquistados no trato da delicada relação entre a ordem constitucional e o sistema interamericano de direitos humanos, o chamado “caso Mensalão” provoca-nos a refletir melhor sobre os parâmetros do justo processo, sobretudo quando configurado o entrechoque entre a garantia do juiz natural, do duplo grau de jurisdição e os ideais da coesão das decisões e da estabilidade das relações jurídicas. Como compatibilizar a desejável estabilidade que, em última análise é a finalidade última do próprio Direito, com as garantias do justo processo? A natureza excepcional das regras de prerrogativa de foro é compatível com uma interpretação que amplie o seu alcance a

A necessidade de se resguardar a coesão dos julgamentos – que é um fator que atende os interesses da Justiça – é suficiente para justificar o deslocamento do juiz natural e, principalmente, para limitar o exercício do duplo grau de jurisdição? Seria possível uma solução mais conciliatória?

ponto de limitar o exercício de garantias tituladas por aqueles a quem a regra de competência não foi originalmente projetada?

Como se disse, as questões envolvem um juízo da ponderação, o qual pode tanto ser construído pela atividade criativa da jurisprudência quanto pelo legislador. As soluções, de qualquer modo, refletem os contextos históricos e culturais, de maneira que não soam despropositadas diferentes soluções por parte dos vários sistemas jurídicos. O que se espera é que tais soluções, ainda que diferentes, possam ser identificadas com um parâmetro mínimo de razoabilidade e de proporcionalidade.

Ora, uma tentativa de compatibilização poderia passar pelo reconhecimento da possibilidade de provocação do reexame amplo nos casos de ações penais originárias, o que, como visto, é especialmente sensível para aqueles réus que se veem impedidos de exercerem o indispensável direito de controle e de revisão dos atos judiciais em razão da aplicação de regras de fixação de competência que não foram originalmente para eles destinadas. Esta é uma premissa que deveria guardar aplicabilidade para todos os graus de jurisdição.

Dir-se-á, todavia, que tal premissa levaria à fixação de uma estrutura judiciária *ad infinitum*, com sucessivos e intermináveis graus de jurisdição. Mais do que isso, seria impraticável quando a competência originária fosse do próprio STF, o mais alto Tribunal na estrutura judiciária nacional. Na verdade, tudo passa pela delimitação do núcleo rígido do que se convencionou denominar duplo grau de jurisdição. No caso extremo da mais alta Corte, a solução deveria extrair desta mesma garantia o que lhe é essencial, ou seja, a possibilidade de reexame amplo, ao menos em uma única oportunidade. Dito de outra forma, a noção de hierarquia recursal, na perspectiva clássica do duplo grau, deveria conformar-se com a opção legítima do legislador de outorgar competência originária à mais alta Corte. Logo, melhor do que inviabilizar em absoluto o reexame é admiti-lo, ainda que por outros julgadores vinculados ao mesmo Tribunal. A ideia, aliás, não é nova. Tome-se como exemplo o Tribunal Penal Internacional que contempla câmaras de julgamento e de apelação, ambas vinculadas ao mesmo órgão de jurisdição.⁽⁵⁾

A se admitir tal premissa como válida, seria possível manter-se as regras de competência originária – que visam assegurar as garantias do juiz natural, da independência e da imparcialidade – juntamente com o ideal da coesão e da estabilidade das decisões – representado pela reunião de todos os réus na mesma ação –, sem prejuízo da garantia do duplo grau de jurisdição. Ou seja, as ações originárias poderiam tramitar por determinada turma, assegurando-se o reexame amplo do julgamento por outra turma ou mesmo pelo Tribunal pleno. A hipótese, diga-se, é puramente exemplificativa e dependente de um novo olhar sobre o problema o qual permitirá um estudo mais aprofundado sobre as eventuais alternativas, tarefa esta a cargo do legislador.

Obviamente, estes questionamentos não reduzem a importância histórica do recente julgamento proferido pelo STF ou mesmo a sua legitimidade. Em realidade, é o seu ineditismo que nos incita às novas reflexões. Estas, por seu turno, se colocam dentro de um salutar

movimento de contínuo aperfeiçoamento da Justiça punitiva que não pode se desligar dos valores que historicamente a alimentam. Que novas experiências surjam, pois somente no exercício diário destas é que a trajetória da Justiça encontrará o ponto de confluência entre Tebas e Paris.

Notas

- (1) Veja-se, a propósito, o magistério de **Michel Foucault** em: *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa: Barcelona, 1996, p. 37-59.
- (2) PASTOR, Daniel. El poder penal internacional. *Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 20-23.
- (3) ZILLI, Marcos. Os caminhos da internacionalização do processo penal. In. FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos (Coords.). *Direito processual penal internacional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 30-39.
- (4) O Min. Marco Aurélio, por exemplo, entendeu que a necessidade de se emprestar efetividade à CADH deveria levar à aplicação do art. 3.º do CPP, que proclama a admissibilidade da interpretação extensiva e da aplicação analógica no terreno da lei processual. Assim, segundo o seu raciocínio, seria possível admitir-se a extensão do recurso ordinário, já previsto em lei para o *habeas corpus*, para situações que seriam equiparáveis. É o que pontuou: “Entendo que julgada a ação penal ante a competência de Tribunal de Justiça e imposta condenação abre-se a porta para a observância irrestrita à

Convenção Americana sobre Direitos Humanos: abre-se a via recursal para o acusado, até então, simples acusado, vir a lograr um novo crivo quanto à imputação feita. E essa via há de ser a ordinária, ou seja, a que realmente comporte a interposição de um recurso sem que se tenha fundamentação vinculada, como ocorre relativamente aos recursos extraordinários. Há de admitir-se, portanto, a adequação de um recurso por excelência: no âmbito civil, a apelação e no âmbito penal o recurso ordinário, tal como previsto em relação às decisões ‘em única ou última instância pelos Tribunais’ em habeas corpus na alínea a, do inciso II do art. 105 da Constituição Federal”.

- (5) Aliás, no próprio julgamento do RHC 79.785-7/RJ, houve um interessante debate protagonizado pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. O primeiro questionando o segundo quanto à validade do argumento de se reconhecer a possibilidade de recurso não vinculado das condenações proferidas no julgamento das ações penais originárias quando a situação envolvesse o próprio STF. Naquela oportunidade, o Ministro Marco Aurélio, lembrando que o caso em julgamento não envolvia este tipo de situação, adiantou-se afirmando que a melhor solução seria a de admitir o julgamento do recurso pelo próprio STF.

Marcos Zilli

Professor Doutor de Direito Processual Penal
da Faculdade de Direito da USP.

A matemática humana do *habeas corpus*

Adriana Almeida de Oliveira e Paula Lima Hyppolito Oliveira

Desde o julgamento do HC 109.956, a comunidade jurídica, especialmente os advogados, tem se dedicado à sua análise, que tem sido objeto de matérias de jornais ou periódicos jurídicos. Este artigo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas timidamente almeja lançar mais uma reflexão sobre essa que talvez seja a mais cara das ações constitucionais, o mais efetivo instrumento à garantia da liberdade e defesa do direito dos acusados em geral: o *Habeas Corpus*.

10

1. A ampliação do alcance do HC

É indubitável que o HC teve seu alcance estendido ao longo do tempo. Passou esse remédio constitucional a cuidar de “qualquer ato constritivo direta ou indiretamente à liberdade, ainda que se refira a decisões jurisdicionais não vinculadas à decretação de prisão”,⁽¹⁾ extrapolando, para alguns,⁽²⁾ os estritos contornos perfilhados em sua concepção e previsão legal. Para outros, contudo, o alargamento desse instrumento impugnativo nada tem de ilegal; diversamente, é decorrência lógica de sua existência, porquanto “são atos ou medidas proferidas em processo (ou procedimentos) criminais que possuem clara repercussão na liberdade do indivíduo, mesmo que de modo indireto. Afinal, o ajuizamento de ação penal contra alguém provoca constrangimento natural, (...) servindo de base para, a qualquer momento, o juiz decretar medida restritiva de liberdade, em caráter cautelar”.⁽³⁾

Se dúvidas existem quanto à conveniência de se conferir amplo alcance ao HC, o mesmo não se diga quanto às razões que justificam o seu uso recorrente. Deveras, a celeridade do seu trâmite explica em muito por que se opta por essa ação em detrimento dos recursos previstos nas leis processuais penais (isso sem contar as decisões oponíveis só pelo HC). Outrossim, o estrito vínculo que, no curso de uma persecução penal, a liberdade trava com outros tantos direitos constitucionais igualmente relevantes (e.g., intimidade, inviolabilidade do domicílio etc.) dá força ao manejo do HC para imediata proteção desses.

Rendidos a essas evidências, os tribunais superiores passaram a admitir com a amplitude merecida o remédio heroico. Com efeito, às

Se dúvidas existem quanto à conveniência de se conferir amplo alcance ao HC, o mesmo não se diga quanto às razões que justificam o seu uso recorrente

portas do Superior Tribunal de Justiça bateram 200 mil *habeas corpus* até 2011, chegando à Corte Suprema 4.457 ações no mesmo ano. Esses números certamente causam espanto. Contudo, não assustam mais do que a afirmação de que isso representa apenas 10% do que chega ao STF⁽⁴⁾ e – pior – de que só nessa Corte são reformados 23% dos atos a que tal ação visa combater. Ou seja, quase 25% dos remédios constitucionais submetidos à apreciação dos nossos mais altos magistrados, ao menos em tese, têm sua razão de ser. O índice é elevado, no entender dos próprios ministros da Corte.⁽⁵⁾

Todavia, tem-se dado maior relevo aos outros 75% de HCs impetrados, mas não conhecidos ou denegados. *Data venia* àqueles que assim o fazem, a comparação dos números não pode ser feita matematicamente, desatrelada do contexto jurídico em que se inserem. Está-se diante de 25% de casos de ilegalidade que resultariam ou resultariam em perda do direito de ir e vir do paciente, se o STF em relação a eles não tivesse se pronunciado. *Está-se, no mínimo, diante de 25 pessoas entre 100 que poderiam ter sua liberdade privada em virtude de ato incorreto, indevido ou abusivo de uma autoridade.*

Não são cifras, são pessoas escondidas por detrás de porcentagens, o que agrega valor imensurável aos “somente” 25% em questão.

2. O cabimento do HC, à luz da Lei

Mas, e a lei vê rostos ou números?

O art. 102, II, a, da Constituição Federal prevê que compete à Corte Suprema julgar *em recurso ordinário constitucional* os HCs denegados

em única instância pelo STJ. Da interpretação literal do referido dispositivo, extrai-se que caberá ao STF apreciar o mérito do recurso constitucional, “quando a decisão tiver sido originária, ou seja, os **Tribunais Superiores não podem ter reformado ou mantido qualquer decisão anterior, mas sim julgado em instância única**”.⁽⁶⁾

Ocorre que, a despeito de o recurso constitucional ser, tecnicamente, a via cabível para combater a decisão denegatória de HC, a jurisprudência foi caminhando para o entendimento de que o remédio constitucional poderia ser manejado, *como substituto de tal recurso*.

Não, porém, sem divergência. Se o recurso ordinário só é passível de atacar os HCs denegados em única instância pelos Tribunais Superiores, o writ que esse recurso substitui estaria adstrito à mesma específica finalidade. Nesse sentido, esclarecedor o voto do eminente Ministro Nelson Jobim, em Questão de Ordem no HC 78.897:

“No caso, o Tribunal estadual julgou o Habeas. Cabia recurso ordinário para o STJ. O paciente optou pela impetração **de um Habeas perante o STJ**. O STJ conheceu, em parte, **do Habeas Corpus como substitutivo de recurso cabível** contra decisão do tribunal estadual. E o indeferiu. **A decisão do STJ, no Habeas, não foi, a rigor, originária. Foi uma decisão que revisou, via Habeas, a decisão de tribunal estadual, contra a qual cabia recurso ordinário. Dessa decisão não cabe recurso ordinário para o STF, porque não é ela originária, mas, sim, derivada. (...) Logo, não cabe o habeas corpus, porque ele é substitutivo de recurso ordinário que não cabe**”.

A interpretação isolada do inciso II, alínea a do art. 102 da CF, poderia levar à equivocada conclusão de que nunca se chegaria ao STF, se não pela via do recurso extraordinário, o exame de ilegalidades, incorreções ou equívocos das autoridades de grau inferior ao STJ.

Logo, imprescindível se faz superar esse raciocínio hermético, percorrendo não só a gênese do art.102, I, i, da CF, que traz a competência da Corte Suprema para o julgamento do HC, mas também o direito de contestar os atos das autoridades que ameacem ou violem a liberdade, conforme estampado no art. 5.º, LXVIII, da Carta Magna.

No que atine a esse dispositivo, ressalte-se que se fala em *gênese*, porque a atual redação do referido diploma legal poderia levar à mesma interpretação que teve o eminente Min. Jobim. Explica-se: nos termos do artigo vigente, incumbe ao STF julgar originariamente “o habeas corpus, quando **o coator for Tribunal Superior** ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância”.

Daí por que, conforme o ilustre Min. Jobim, se o Tribunal Superior estivesse a reformar decisão de autoridade submetida a sua jurisdição, estar-se-ia diante de uma **decisão “derivada”**, nas palavras do magistrado. De outro modo, não seria essa Corte Superior propriamente a autoridade coatora, justificando-se tal entendimento favorável à impossibilidade de impetração do writ perante o STF. Obviamente que se poderia argumentar que, a despeito de decisões anteriores, no momento em que o Tribunal Superior se manifesta, torna-se a autoridade coatora, pois a sua decisão sucede e substitui a anterior. Contudo, parece-nos que tal não seria suficiente para estancar definitivamente a questão.

É preciso, diversamente, reavivar os idos de 1999, uma vez que antes da Emenda Constitucional 22 inexistia dúvida de que a Corte Suprema tinha competência para examinar os atos de todas as autoridades hierarquicamente inferiores.

Antes da referida emenda, a Constituição Federal enunciava em seu art. 102, I, i que a Corte Suprema teria competência originária para julgar “o habeas corpus, quando **o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância**”; depois da alteração, a competência se restringiu aos atos em que o coator fosse não qualquer

A EC 22, longe de pretender extrair do STF a competência para examinar atos de autoridades de grau menor que dos Tribunais Superiores, visou a impedir um esvaziamento da competência do STJ

autoridade abaixo do STF, mas sim os Tribunais Superiores, mantida as demais competências.

A EC 22, longe de pretender extrair do STF a competência para examinar atos de autoridades de grau menor que dos Tribunais Superiores, visou a impedir um esvaziamento da competência do STJ, evitando que o interessado escolhesse o órgão jurisdicional que lhe parecesse mais cabível. Com a alteração, traçou-se um caminho obrigatório para o habeas corpus, assentando, definitivamente, a competência do STJ como prévia a do STF.

Foi o que explicaram Ministros da Corte participantes do julgamento daquela Questão de Ordem no HC 78.897. Dos votos divergentes, destacam-se:

“**Havendo coação ilegal sobre a liberdade de locomoção, em qualquer lugar, em processo de qualquer espécie – e seja quem for a autoridade coatora – caberá habeas corpus perante esta Corte para assegurar o direito de ir e vir. A distinção feita por este Tribunal entre habeas-corpus originário e habeas-corpus substitutivo tem a ver, única e exclusivamente, com o exame da competência para processar e julgar o pedido, dado que o uso alternativo de um e de outro, ainda que permitido, não pode implicar em livre escolha do juízo por parte do impetrante (...)** resta ao impetrante, como última instância, valer-se do Supremo Tribunal Federal para o julgamento final do pedido, em que se alega constrangimento de sua liberdade” (Min. Maurício Corrêa).

“**A própria ordem jurídica agasalha essa impetração. (...) estamos diante de articulação no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça – e pouco importa a medida que o levou a tanto – praticou o ato. Ora, em face dessa premissa, protocolizado o habeas corpus, a competência para julgá-lo é realmente do Supremo Tribunal Federal**” (Min. Marco Aurélio).

“**A tradição Republicana da competência do Supremo Tribunal Federal é que nenhum habeas corpus denegado deixa de poder chegar à Corte. Não quero romper essa tradição. E não creio que a Emenda Constitucional 22, de 1999, o tenha feito; apenas pôs ordem aos degraus de hierarquia judiciária, fazendo com que o tribunal superior competente para conhecer, em recurso especial, das decisões criminais de segundo grau, também se tornasse competente – antes ao Supremo, mas sem subtrair-lhe a última palavra – para o julgamento do habeas corpus contra elas requerido. Nada mais do que isso**” (Min. Sepúlveda Pertence).

Interpretar a atual redação do art. 102, I, i, da CF, exige que se tenha em mente o fim da norma, desvencilhando-se dos contornos escolhidos para enunciá-la, ao longo do penoso e, infelizmente, por muitas vezes, atécnico processo legislativo. E a compreensão teleológica do referido diploma legal não leva a outra conclusão que não a de que a EC 22 não extraiu do STF a competência para julgar HCs impetrados em face de atos de autoridades diversas do STJ; *somente colocou a Corte Superior na linha de frente, filtrando o que chega àquela Corte*, inviabilizando que o impetrante escolhesse o Tribunal que lhe fosse mais conveniente.

Seja como for, é ainda o art. 5.º, LXVIII, da CF, expresso em dizer: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Daí por que usar o cabimento do

ROC como negativa ao manejo do HC não só não explica coisa alguma; é também incapaz de derrogar o status constitucional pético atribuído ao writ.

Mas, e a Lei vê rostos ou números? A nosso entender, nem um nem outro: quem vê é o homem que a aplica. Daí por que urge a ele bem interpretá-la, à luz do que preponderantemente merece ser visto.

3. O julgamento do HC 109.956

Nesse quadro, é que se destaca o HC 109.956. Surpreendeu-se a comunidade jurídica com a guinada de posicionamento do STF, em seu julgamento. Após afirmar que “*atualmente, tanto o Supremo quanto o Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de habeas corpus*”, o Min. Marco Aurélio se manifestou pela “*inadequação do habeas corpus quando o caso sugere recurso ordinário constitucional*”.

Ou seja, adotou rumo totalmente oposto ao que perfilhou quando do julgamento da referida questão de ordem, rumo que tem sido seguido pelos demais Ministros da 1.ª Turma do STF, e também pelos d. integrantes das Turmas Criminais do STJ. De outro lado, vê-se a concessão de ofício de HCs impetrados anteriormente ao v. julgado supramencionado, em casos de flagrante ilegalidade.

Daí as indagações: será que o direito constitucional de um cidadão pode ser contraposto à burocracia, às atribuições de nossas Cortes Superiores? Encontram esses igual peso na balança da JUSTIÇA?

Felizmente, em decisão posterior ao voto do Min. Marco Aurélio, a 2.ª Turma do STF, por maioria, sinalizou que continuará a analisar qualquer ameaça aos direitos de ir e vir dos cidadãos. Ao julgar o HC 112.851, em 05.03.2013, impetrado contra r. decisão de Ministro do STJ que indeferiu liminarmente o writ por falta de risco à liberdade de locomoção, o eminente Min. Gilmar Mendes lembrou que “*a tendência pela ampliação do espectro do HC já começou a firmar-se na Suprema Corte sob a égide da Constituição de 1891 e se consolidou posteriormente, mesmo com o advento do mandado de segurança, em 1934, destinado a proteger o indivíduo contra o abuso de poder.*”, e afirmou com todas as letras que “*Incomoda-me restringir seu espectro (o do HC) de tutela*”.⁽⁷⁾

O Ministro relator “*afastou a assertiva de que habeas corpus seria o meio próprio para tutelar tão somente o direito de ir e vir do cidadão em face de violência, coação ilegal ou abuso de poder*”, sem olvidar “*as legítimas razões que alimentariam a preocupação com o alargamento*

das hipóteses de cabimento do habeas corpus e, com efeito, as distorções que dele decorreriam. Contudo, observou que seria mais lesivo, ante os fatos históricos, restringir seu espectro de tutela”.⁽⁸⁾

No mesmo julgamento, o decano do STF, Ministro Celso de Mello, foi igualmente enfático em suas observações, no sentido de que “*estaria preocupado com ‘a abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acharia impregnado o remédio constitucional do habeas corpus, especialmente se se considerar o tratamento que o STF dispensaria ao writ*”.

Parece que temos esperança de que não será tão simples limitar – e por que não dizer – acabar com a principal arma na luta contra arbitrariedades e ilegalidades. Ainda se veem rostos por detrás de números.

Notas

- (1) NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 949.
- (2) Nesse sentido, ver STJ: HCs 216.882, 239.957 e 201.483.
- (3) NUCCI. *Op. cit.*, p. 949
- (4) Número de HCs nos tribunais superiores triplicou na última década. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI164849,61044-Numero+de+HCs+nos+Tribunais+Superiores+tripliou+na+ultima+decada>>.
- (5) VASCONCELLOS, Marcos de. *Maior quantidade de HCs não justifica restrição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-21/maior-numero-hcs-nao-justifica-restricao-dizem-ministros-anuario>>.
- (6) MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas. 2006, p. 509.
- (7) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232569&caixaBusca=N>>. Acesso em: 12 abr. 2013, às 15:36.
- (8) *Informativo do STF* n. 697.

Adriana Almeida de Oliveira
Mestranda em Processo Penal
pela Faculdade de Direito da USP.
Advogada.

Paula Lima Hyppolito Oliveira
Pós-Graduada em Direito Penal Econômico
pela Faculdade de Direito da FGV.
Advogada.

Desconstruindo mitos: sobre os abusos nas buscas domiciliares ao pretexto de apuração do delito de tráfico de drogas

Arion Escorsin de Godoy e Domingos Barroso da Costa

Algumas práticas policiais *normalizadas* Brasil afora reclamam aprofundada crítica e contínua fiscalização, a impedir que a persistente reiteração torne-as imunes à invalidação por parte das autoridades responsáveis pelo sustento de nosso Estado de Direito.

Dentre tantas que poderiam ser citadas, neste trabalho chama-se a atenção para as buscas domiciliares realizadas sem mandado judicial, sob o pretexto de se autorizarem pela situação de flagrância que se protraia

no tempo no que concerne ao delito de tráfico de drogas. Ou seja, a partir da alegação já desgastada e oca de que o tráfico de drogas é crime permanente, *esquentam-se* – convalidam-se – ações policiais que muitas vezes são ilegais em sua origem.

Contudo, em nossa avaliação, a *permanência* ou *instantaneidade* do delito são características absolutamente irrelevantes para, em si mesmas, autorizarem, ou não, a invasão do domicílio. Explicamos. Convencidos

de que está em curso um homicídio, crime instantâneo, os policiais podem – e devem – invadir uma residência para impedir a consumação. Do mesmo modo, quanto ao tráfico de drogas, que é crime dito permanente. Mas o questionamento que aqui se propõe deixa a abstração e volta-se aos elementos que, no plano fático, autorizam concluir pela situação de flagrância capaz de legitimar a relativização de direito fundamental previsto no inc. XI do art. 5.º da CF. Aí é o ponto. Enquanto no homicídio se ouvirão gritos, pedidos de socorro; no tráfico haverá o silêncio, a penumbra. Nesse contexto, é que indagamos, definitivamente: o que é necessário para que se conclua pela legitimidade da atuação do policial que, independentemente de autorização judicial – ou de autorização do proprietário, obviamente –, realiza busca domiciliar a partir do que acredita se tratar de situação de flagrância quanto à mercancia de drogas?

A situação que examinaremos faz parte de uma cena clássica do cotidiano policial brasileiro, na medida em que se repete pela palavra de condutores e testemunhas – em regra, também policiais – nos possivelmente milhares de autos de prisão em flagrante lavrados diariamente em todo país, diante das supostas práticas de tráfico de drogas. Tais narrativas inclusive podem ser facilmente sintetizadas em termos genéricos, tamanha a coincidência entre os elementos pelos quais se busca a convalidação de prisões efetuadas no curso de buscas domiciliares que as polícias levam a cabo independentemente de mandado judicial. Os relatos são mais ou menos assim – e qualquer semelhança com a realidade, frise-se, acaba não sendo mera coincidência: a partir de denúncias invariavelmente anônimas ou informações de usuários,⁽¹⁾ policiais decidem *invadir* imóvel conhecido como ponto de tráfico de drogas,⁽²⁾ onde apreendem alguma quantidade de substâncias ilícitas e, quando muito, petrechos⁽³⁾ que, segundo o senso comum, podem ser usados para viabilizar a comercialização dessas substâncias pela(s) pessoa(s) que seja(m) encontrada(s)⁽⁴⁾ no local.

Daí, especialmente diante da suspeita de tráfico, o que se observa é a admissão judicial irrestrita dessas narrativas e do que se apreendeu durante a ação policial para a convalidação de buscas domiciliares realizadas independentemente de mandado que as autorize. Tem-se, nessa dinâmica, a cristalização de argumentos prontos e versáteis que, na prática, representam verdadeiro *passé livre* à atuação policial no que tange à efetivação de buscas domiciliares quando houver suspeita – ainda que injustificável – de tráfico de drogas. Devido à reiterada e irrestrita chancela judicial a que se reportou, ante a suspeita de tráfico, o pedido por mandado judicial tornou-se exceção. Assim, converteram-se em regra aberta e imune a controle as buscas cuja legitimidade a princípio decorreria de uma *autoexecutoriedade* excepcional, que albergaria ações policiais em circunstâncias extraordinárias, que as tornassem urgentes, evidentemente adequadas e necessárias.

Em resumo: sem qualquer exigência ulterior de exposição de justificativas e elementos seguros em legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativamente à ocorrência de tráfico de drogas, o direito à privacidade e à inviolabilidade do domicílio⁽⁵⁾ esvazia-se de sua condição fundamental, relativizando-se frente ao menos justificável arbítrio e ao mais leve toque de uma botina na porta.

Por essa realidade, que assim se constitui a partir da reiteração incontrolada de práticas iguais e incontidas, explicita-se uma situação que se deve sempre temer, por menor e mais pontual que seja, à medida que coloca em risco todo o Estado de Direito. Diz-se da situação em que, pela atuação de agentes públicos, o *poder* supera o *saber*, e a violência conservadora do Direito estabelecido ameaça transpor os limites normativos que fazem legítimo seu emprego para a (re)afirmação do sistema que inaugura, tornando-se, assim – ao transpor os limites que se autoinstituiu –, violência potencialmente destruidora da própria estrutura jurídica que a reverte para sua conservação.⁽⁶⁾

Em livre apropriação da interpretação de **Jacques Derrida** sobre apontamentos de **Pascal** e **Montaigne**,⁽⁷⁾ tem-se, nessa dinâmica, o

Observa-se a admissão judicial irrestrita das buscas domiciliares realizadas independentemente de mandado que as autorize. Cristalizam-se argumentos prontos e versáteis que, na prática, representam verdadeiro *passé livre* à atuação policial quando houver suspeita – ainda que injustificável – de tráfico

chamado *fundamento místico da autoridade*, que remete à possibilidade de a violência originária canalizada para a conservação do Direito posto – e da autoridade – romper os frágeis limites que a contêm e, dessa forma, reverter-se, com todo seu potencial destruidor e caótico, contra a estrutura que a regulava.

Pelas mesmas razões, pode se referir a uma dialética ao afirmar que nos subterrâneos do Estado de Direito vive em potência o Estado de polícia, que ameaça vir à tona e impor-se pela violência incontida por cada fresta que se abre à superação do *saber* pelo *poder*, o que se verifica especialmente nos casos em que a autoridade detentora da violência legítima a emprega abusivamente, em contradição às normas que lhe autorizaram o uso da força máxima justificante de sua própria autoridade.

“Por isso, o Estado de Direito histórico – i.e., o Estado de Direito concreto realizado no mundo – não pode ser nunca igual ao ideal, porque conserva em seu interior, encerrado ou encapsulado, o Estado de polícia, tal como Merkl observou, com grande acerto, muitos anos atrás, quando recomendava que não fossem escritos obituários ao Estado de polícia, porque ele estava bem vivo dentro do Estado de Direito. É por isso que o modelo ideal do Estado de Direito, no qual todos estão submetidos da mesma forma perante a lei, embora seja indispensável como farol do poder jurídico, não é nada além de um elemento orientador para o aperfeiçoamento dos Estados de Direito históricos ou reais, mas que nunca se realiza plenamente no mundo. Sabe-se, outrossim, que a realização desse ideal será sempre impedida pelas pulsões que atuam para que todos estejamos simplesmente submetidos à vontade arbitrária de quem manda, que é a regra do Estado de polícia, permanentemente tentando a chegar ao Estado absoluto, ou seja, à sua máxima realização.

Por isso, existe uma dialética contínua no Estado de Direito real, concreto ou histórico, entre este e o Estado de polícia. O Estado de polícia que o Estado de Direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de Direito lhe coloca. Quanto maior é a contenção do Estado de Direito, mais próximo se estará do modelo ideal, e vive-versa, mas nunca se chegará ao modelo ideal porque para isso seria preciso afogar definitivamente o Estado de polícia e isso implicaria uma redução radical – ou uma abolição – do próprio poder punitivo”.⁽⁸⁾

Não são poucos e irrelevantes, portanto, os riscos que envolvem a chancela judicial irrestrita e acrítica às buscas domiciliares realizadas pela polícia independentemente de mandado judicial – o que chama a atenção especialmente nas suspeitas de tráfico de drogas. Essa convivência judicial põe em risco o próprio Estado de Direito.

Sabe-se que o flagrante autoriza a violação de domicílio, mas essa relativização do direito fundamental previsto no inc. XI do art. 5.º da Constituição não significa abertura a ações policiais que mais se assemelham a apostas lotéricas, em que o prêmio – dependente da sorte do jogador – é o encontro de indícios da prática de tráfico de drogas e a consequente prisão de quem possa ser seu autor. Desconstruindo a afirmativa que deve ser analisada frente às narrativas comuns aos

O que autoriza a invasão domiciliar é tão somente a flagrância escancarada, passível de demonstração posterior. Suposições ou suspeitas, ainda que baseadas em investigações prévias, devem ser submetidas ao prévio crivo judicial

autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas, descobre-se que, em regra, não há uma situação de flagrância comprovadamente constatada antes da invasão de domicílio, o que a torna ilegal, violadora de direito fundamental. Porém, como em um passe de mágica juridicamente insustentável, por uma convalidação judicial, a apreensão de objetos ou substâncias que sejam proibidos ou indicativos da prática de crime e a prisão daquele(s) a quem pertença(m) travestem de legalidade uma ação essencialmente – e originariamente – violadora de direito fundamental.

E a realidade pode ser ainda mais perversa, na medida em que se sabe que abusos policiais não são tão incomuns quanto se deseja, não sendo raros os casos de manipulação das circunstâncias, como se dá nos chamados *flagrantes forjados*. A intenção de incriminar alguém ou a possibilidade de sofrer as mais diversas sanções em razão do abuso na invasão de domicílio são apenas dois dos múltiplos fatores que podem determinar a produção artificial de circunstâncias que, se reais fossem, ensejariam a convalidação da ação, ante a constatação de uma situação de flagrância. Tratando-se de ação *autoexecutada* – sem prévio controle judicial –, nada mais simples – em termos logísticos – do que *plantar* papétes, plásticos, notas de pequeno valor, aparelhos de telefonia celular e alguma quantidade de droga. E ainda que não se presuma *má-fé* – ou dolo –, certo é que *más práticas*,⁽⁹⁾ ainda que movidas pelas melhores intenções, estão arraigadas em nosso cotidiano – policial e mesmo judicial.

E mais: até mesmo pela reiteração de seu acolhimento, nada impede que a forma que se imprime ao relato de determinadas circunstâncias⁽¹⁰⁾ na descrição do *histórico dos fatos* transforme em caso típico de tráfico de drogas a apreensão de cinco pedras de *crack*, dois aparelhos de telefonia celular e de R\$ 50,00, divididos em notas de R\$ 5,00 e R\$ 10,00 – uma vez que havia denúncia anônima quanto à negociação de drogas no local, que era notoriamente frequentado por usuários, os quais pediram para não ser identificados por temerem represálias, mas confirmaram que o indivíduo preso no local e que tem antecedentes criminais é traficante conhecido na região.⁽¹¹⁾

Eis a fórmula mágica para transformar abuso de poder e violação de domicílio em prisão em flagrante *legal* por tráfico de drogas, na clássica manobra ilusionista que, em regra, se mostra suficiente a convencer alguns magistrados – boa parte deles – de que os fins justificam os meios e que, na *proteção da sociedade*, deve a ação, ilegal em seu início, ser convalidada, uma vez que o tráfico de drogas é crime permanente, que muitos prejuízos traz à coletividade ordeira. Encastelados em uma realidade social privilegiada e desconhecendo o que se passa nos subúrbios – os modos de comportamento das subculturas marginais (inclusive a dos usuários de drogas), algumas rotinas de atuação policial e toda a complexidade das relações de poder que envolvem a negociação de drogas –, tais magistrados⁽¹²⁾ preferem acreditar na fé pública que reveste a palavra e atuação dos agentes públicos policiais a criticar a situação e perceber que qualquer pessoa pode ter consigo dois aparelhos de telefonia celular e R\$ 50,00, divididos em notas de R\$ 5,00 e R\$ 10,00. Também fecham os olhos para o fato de que, diante das milhares de condutas incriminadas e da seletividade do sistema penal, nada mais comum que alguém em condições marginais tenha antecedentes criminais. Desconhecem, de igual modo, que cinco pedras de *crack* é pouca quantidade até para um usuário em sua compulsão e, para não sair da posição de conforto, sequer se perguntam

acerca da real ocorrência das denúncias anônimas ou quanto à existência dos usuários não identificados que sempre confirmam a venda de drogas em imóveis invadidos pela polícia.

Não podemos esquecer, ainda, que, acaso se trate de um *conhecido* ponto de tráfico de drogas, com intensa movimentação de usuários, onde se pratica um crime *permanente*, não há qualquer prejuízo em se montar campanha e aguardar por algumas horas a obtenção de mandado judicial, que pode ser requerido em qualquer plantão judicial.

Caminhando para o encerramento, é, portanto, fundamental salientar que o que autoriza a invasão domiciliar é tão somente a flagrância *escancarada*, passível de demonstração posterior. Suposições ou suspeitas, ainda que fundadas e baseadas em investigações prévias – declaradas ou ocultas –, devem ser submetidas ao prévio crivo judicial. E o fundamento é evidente: a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Afinal, como bem assentou o Desembargador Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, a “lei não permite atalhos” e, se diferente fosse, a residência não seria asilo, nem inviolável (TJRS, 70051270478, j. 13.12.2012).

Nessas circunstâncias, os abusos repetem-se e reclamam pronto controle, para que a violência criminosa não mude de mãos e se institucionalize a ponto de fazer ruir o Estado de Direito, realizando mais uma vez o pesadelo do Estado de polícia. Por isso são tão válidos e sempre atuais os pensamentos aqui abordados de **Derrida** e **Zaffaroni**, ao alertarem para o cuidado que se há de ter em relação aos mínimos abusos por quem detenha autoridade. E, diante dos riscos que representam tais abusos – especialmente quando institucionalizados –, já é hora de se reconhecer que, ainda que seja crime permanente, a invasão policial de um domicílio sem mandado judicial ante a suspeita de tráfico de drogas requer motivos comprováveis e motivação segura no que tange à necessidade, adequação e urgência da medida. Do contrário, criminosos são os agentes policiais.

Notas

- (1) Quase nunca identificados ou identificáveis.
- (2) E aí, cabe a indagação: como os policiais, que agora atuam e prendem, permitiram que determinado local ou imóvel se tornasse um *conhecido* ponto de tráfico de drogas?
- (3) Balanças, mais de um celular, dinheiro *trocado* em notas miúdas, plástico ou outros materiais destinados à embalagem da droga etc.
- (4) Não raro, as pessoas que se encontram no local por qualquer motivo, se não são presas sob suspeita de tráfico, acabam sendo por suspeita de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/2006).
- (5) Art. 5.º, X e XI, da CF.
- (6) DERRIDA, Jacques. Força de lei: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- (7) DERRIDA, Jacques. *Ibidem*.
- (8) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 169-170.
- (9) *Más práticas* porque não se amoldam ao ordenamento jurídico vigente.
- (10) Os mesmos relatos sempre, repetidos à exaustão por condutores e testemunhas – em regra policiais – dos autos de prisão em flagrante neste país.
- (11) Mais uma vez, destaque-se que qualquer semelhança com a realidade não é mera coincidência.
- (12) Assim como muitos promotores, advogados, defensores e cidadãos em geral. A referência imediata aos magistrados justifica-se porque, em última análise, são eles que decidem sobre a homologação do flagrante e, logo, sobre a convalidação das *más práticas* aqui criticadas.

Arion Escorsin de Godoy

Pós-Graduando pela PUC-Minas.
Defensor Público no Rio Grande do Sul.

Domingos Barroso da Costa

Mestre em Psicologia pela PUC-Minas.
Especialista em Criminologia e Direito Público.
Defensor Público no Rio Grande do Sul.

Da racionalização do poder de punir mediante a criação do conceito de bem jurídico

Giancarlo Silkunas Vay

Nos idos séculos XVII a XIX o pensamento liberal-burguês, “iluminado”, se empenhou na tarefa de dar ares de legitimidade ao recém-adquirido poder de punir, não mais justificável, como o era nos regimes absolutos, em razão da figura soberana do rei (muitas vezes legitimada por vinculação com o divino).

Para tal tarefa, tratou-se de racionalizar⁽¹⁾ o uso da violência pela elaboração de uma ciência, pautada em regras, dogmas, que, se por um lado, declaradamente, se prestou a frear o arbítrio estatal contra os cidadãos, por outro, isso nem sempre percebido, se prestou a justificar, sob a falácia de que os legisladores seriam os representantes da nação/povo (ainda mais em uma época em que não havia sufrágio universal), a possibilidade de o Estado usar sua força em um grande número de casos, tudo em razão da submissão estrita aos ditames da lei (e da incipiente dogmática jurídico-penal).⁽²⁾

Até o final do século XVIII, a aplicação da pena tinha tão somente como pressuposto o cometimento de uma ação antijurídica, competindo ao Estado definir o que lhe conviria punir, bem como ao juiz uma grande discricionariedade para analisar, conforme seu “prudente arbítrio”, se estaria ou não presente a antijuridicidade na ação.

Foi com **Anselm von Feuerbach**, em 1801, classificado pela doutrina como pertencente a um momento pré-clássico,⁽³⁾ que se iniciou o desenvolvimento da dogmática penal, o que passou a conferir racionalidade a esse poder de punir. Conforme esse autor, lastreado na teoria do contrato social,⁽⁴⁾ a sociedade civil encontraria seu fundamento na união das vontades e energias dos indivíduos, tendo como finalidade a garantia da liberdade recíproca de todos. Assim, o Estado se justificaria por ser uma sociedade civil organizada constitucionalmente, submetida a uma vontade comum, tendo como principal objetivo a criação da condição jurídica – ou seja, a existência conjunta dos homens conforme as leis do Direito.⁽⁵⁾ Assim sendo, toda lesão jurídica contradiria tal objetivo do Estado, razão pela qual esse se encontraria no direito (e dever) de criar mecanismos de prevenção de tais lesões, a que se atribuiu a alcunha de crime. Segundo sua perspectiva, o crime deveria ser analisado por uma dupla perspectiva: em um sentido amplo, como uma injúria contida em uma lei penal; em um sentido estrito, como uma ação contrária ao direito de outro, cominada em uma lei penal. Sublinhe-se: **Feuerbach** compreendia o crime tanto como lesão de direito (subjutivo) alheio cominada em uma lei penal (sentido estrito), quanto uma injúria (qualquer uma) contida em uma lei penal (sentido amplo) – a esse último caso confere **Feuerbach** o nome de “contravenção de polícia” –, exatamente por contrariar o referido objetivo do Estado.⁽⁶⁾ Ocorre que, quando **Feuerbach** abre essas duas espécies de crime, em verdade ele não está definindo crime de maneira alguma, pois se tudo que for lesão a direito alheio – desde que previsto na lei – for crime (em sentido estrito), e tudo que não for lesão a direito – mas estiver previsto na lei – também puder vir a ser crime (em sentido amplo), então nada impede que o Estado criminalize o que bem entender. Veja que, se **Feuerbach** tenta fundamentar a criminalização em sentido estrito na lesão de direitos inerentes ao homem, pois independentes do exercício de qualquer ato de governo ou de reconhecimento por parte do Estado, fundamenta ele a criminalização em sentido amplo (pela definição de contravenção de polícia) em uma afronta a um suposto “direito de obediência ao Estado”, construção essa indispensável para que se atribua a **Feuerbach** que crime é necessariamente lesão a direitos, sendo que,

Querendo-se considerar o delito como uma lesão, esse conceito tem que se referir, naturalmente, à lesão de um bem e não de um direito. Os bens estariam expostos a uma perda ou diminuição, já os direitos ou são respeitados ou desrespeitados

em verdade, maior coerência haveria se se dissesse que tal autor vê no crime uma lesão ao Direito (ciência). Tal construção tão somente pretendeu conferir ares de cientificidade ao emprego quase irrestrito da violência estatal – desde que respeitado princípio da legalidade – sem, de fato, impor a ele uma real limitação, uma vez que competiria ao próprio Estado escolher (quando da criação das leis) o que gostaria de punir.⁽⁷⁾ Tal situação foi percebida e duramente criticada por **Johann Michael Franz Birnbaum** que, citando **Feuerbach** nominalmente, imputou a ele, em sua obra, falta de rigor científico.⁽⁸⁾

Birnbaum é o primeiro autor a mencionar o conceito de “bem” dentro de uma construção dogmática própria,⁽⁹⁾ entendendo ele tratar o bem (e não o direito) do real alvo da tutela jurídica. Segundo **Birnbaum**, quanto mais se pretenda favorecer o conhecimento da lei, mais ela surtirá efeito nos pensamentos daqueles que deverão evitar delinquir. Por tal razão, em seu entender, querendo-se considerar o delito como uma lesão, esse conceito tem que se referir, naturalmente, à lesão de um bem e não de um direito. Os bens estariam expostos a uma perda ou diminuição, já os direitos ou são respeitados ou desrespeitados. A partir desses apontamentos, desnecessário criminalizar uma lesão ao direito à vida, quando é a própria vida que se pretende resguardar: o próprio bem. Essa derivação, segundo **Birnbaum**, apenas serviria para dificultar a compreensão da proibição àquele a quem ela é direcionada. Ademais, o referido autor levanta um questionamento interessante a respeito do posicionamento de **Feuerbach**, na medida em que, quando da criminalização de direitos, torna-se inviável a construção da figura jurídica da tentativa, isso porque quando se atua contra o direito à vida de alguém (por exemplo), o simples fato de agir contra tal direito (mesmo que o evento morte não ocorra) já é consumir o delito, uma vez que, mesmo não se consubstanciando a morte, já se atua injustamente contra o direito protegido; por outro lado, quando se criminaliza a lesão ao bem, o crime efetivamente só vem a se consumir quando o bem sofrer uma diminuição ou (como é o caso) for suprimido, tratando-se qualquer ação a ele contrária e que não o diminua ou suprima de mera tentativa. De qualquer modo, **Birnbaum** não se mostrou de todo coerente com sua teoria, tendo de recorrer a construções tais como “bens coletivos do povo” para incluir, por exemplo, a moralidade e a religião, ao que deveriam ser criminalizadas as ações imorais e as irreligiosas (as quais eram catalogadas por **Feuerbach** como contravenções de polícia), possibilitando, assim, que dentro do seu sistema também pudessem ser criminalizadas condutas que, em que pese não possuíssem bem determinado, para ele deveriam ser coibidas.

A história da aplicação da violência do Estado contra o povo (racionalizada pela denominação “pena” – *punitur quia peccatum est*) demonstra que a força estatal sempre esteve presente, havendo a necessidade, com a transição do sistema absolutista para o de cunho liberal, de uma nova justificativa para a sua perpetuação

Posteriormente, foi com **Karl Binding** que o bem se tornou bem jurídico. Segundo esse autor, os bens não existiriam por si sós, ao que deveria o legislador reconhecer e protegê-los. Para **Binding**, responsável pela diferenciação entre texto (lei) e norma, o bem jurídico apenas existiria em razão da norma (positivismo normativo), tratando-se do seu objeto de proteção. Dessa forma, ao legislador competiria criminalizar condutas atentatórias a valores sociais ao que, da interpretação da lei incriminadora, seria possível revelar qual o bem jurídico protegido.

Foi finalmente com **Franz von Liszt** – em um retorno a **Birnbaum**, todavia considerando as contribuições de **Binding** – que o bem jurídico passou a ser concebido como “o interesse juridicamente protegido”,⁽¹⁰⁾ portanto, preexistente ao seu reconhecimento pelo Estado. Sob essa perspectiva, ao legislador competiria reconhecer os interesses da vida existentes e que seriam merecedores de proteção e, por tal razão, legislar no sentido de protegê-los, alçando-os à categoria de bens (agora) jurídicos. “É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”.⁽¹¹⁾ Decerto **Liszt** não esclareceu como o legislador identificaria (leia-se: escolheria) quais seriam os interesses a serem protegidos, o que, invariavelmente, ainda possibilitaria que o Estado tivesse uma grande margem de escolha sobre o que lhe conveniria punir ou não. Acrescente-se a tal construção a separação que **Liszt**, em uma perspectiva analítica – fruto de um cientificismo (positivismo sociológico) imerso em **Descartes** –, realizou entre antijuridicidade e culpabilidade, ao que se pôde subdividir a antijuridicidade em uma perspectiva formal (atendo-se ao preenchimento da descrição contida na lei – ao que **Ernest von Beling** denominará, posteriormente, de tipicidade)⁽¹²⁾ e material (a efetiva lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico).

Cumpramos retomar que tais construções – inclusive as posteriores até chegarmos à atualidade – não foram feitas, embora assim por vezes justificadas, tomando por ponto de partida uma intervenção estatal zero – tal qual se poderia conceber com a (construída) teoria do contrato social em que os indivíduos, enfim, teriam resolvido se submeter ao Estado-Leviatã –, a que a dogmática se prestaria a indicar quando para a sociedade seria interessante a aplicação de uma sanção mais rigorosa; pelo contrário, a história da aplicação da violência do Estado contra o povo (racionalizada pela denominação “pena” – *punitur quia peccatum est*) demonstra que a força estatal sempre esteve presente, havendo a necessidade, com a transição do sistema absolutista para o de cunho liberal, de uma nova justificativa para a sua perpetuação, o qual buscou na racionalidade científica, com a dogmática jurídica, as bases estruturais para a construção de um sistema ao qual cumpre a função de reproduzir – mesmo que de maneira imperceptível aos que se debruçam sobre os estudos das construções lógico-dogmáticas –, capilarmente (**Foucault**),⁽¹³⁾ as relações de poder já existentes.

Por arremate, vale lembrar a crítica realizada por **Nilo Batista** diante da famosa lição de **Liszt** de que “para que não prorompa a guerra de todos contra todos, faz-se mister uma ordem ou estado de paz, a circunscrição da eficiência de cada um, a proteção de certos interesses e a não proteção de certos outros. A vontade geral, que paira acima da vontade individual, toma a si esta missão, e a desempenha estabelecendo a ordem jurídica, isto é, discriminando os interesses legítimos e autorizados dos que não são”⁽¹⁴⁾ (sic), quando questiona: “existirá de fato uma guerra contra todos, ou pelo contrário, uma guerra de alguns contra outros? Que guerra é essa? Por que alguns desejam guerrear contra outros? Se o direito não cai do céu, mas é elaborado por homens, qual a posição dos homens que o editaram nessa guerra? Só o direito penal evita que se prorrompa tal guerra? Não prorromperá ela apesar do direito penal? Evitada a guerra, quem ganha e quem perde com essa ‘paz’, que o direito assegurou?”.⁽¹⁵⁾ Acrescento, ainda, a tais questionamentos: quem escolheu os bens jurídicos que hoje tutelam-se em nosso Direito Penal? Os bens jurídicos escolhidos protegem os interesses da sociedade ou de apenas (ou principalmente) uma parcela dela? Ainda hoje possuímos condutas criminalizadas sem bem jurídico (ou com bens jurídicos extremamente diluídos como uma suposta “saúde pública”, “paz pública” e “respeito aos mortos” – aos moldes das contravenções de polícia de **Feuerbach**), apesar da teoria dos bens jurídicos? Qual lógica leva o legislador a criminalizar o furto dentro do local de trabalho (abuso de confiança) com uma pena de dois a oito anos, mesma pena para redução à condição análoga à de escravo, tortura e lesão corporal que resulte deformidade permanente, perda ou inutilização de membro, sentido ou função? (lembrando que oito anos também é a pena máxima para tráfico internacional para fim de exploração sexual, bem como para constituição de milícia privada). Qual lógica leva o legislador a criminalizar o roubo cometido sem o emprego de arma, mas em concurso de pessoas, independentemente do valor subtraído (para grande parcela da doutrina e jurisprudência, ao que não se concorda) com uma pena de cinco anos e quatro meses até 15 anos, pena essa maior que a conferida para violação sexual mediante fraude, bem como, nas hipóteses em que resultem morte, lesão corporal, abandono de incapaz e maus tratos? (lembrando que 15 anos é a mesma pena máxima para crimes como estupro de vulnerável, epidemia, envenenamento de água de uso comum e falsificação ou adulteração de produto destinado para fins medicinais). Qual lógica leva o legislador a criminalizar o abuso de autoridade com pena de detenção de 10 dias a seis meses, mas punir a resistência em que o ato não se executa com reclusão de um a três anos mais a correspondente à violência (se houver), bem como o desacato com seis meses a dois anos de detenção?

Sem dúvidas a teoria do bem jurídico – em sua função declarada – se presta a ser um importante limitador do poder do Estado (evitando que se reduza o delito a uma simples infração ao dever),⁽¹⁶⁾ todavia não se pode descurar que é ela também – em sua função real – uma justificativa criada para legitimar a imposição da força de uns contra outros e que, se tal teoria não for diuturnamente exposta e sensível às críticas, tornar-se-á (permanecerá) como um instrumento de controle social que visa a reproduzir (manter) as injustas relações de poder historicamente estabelecidas.

Notas

- (1) Sobre o tema: TAVARES, Juarez. *A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no estado democrático*. In ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (org.) *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao professor doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe, 2012, 867-885.
- (2) Sobre o tema, conferir: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia (Pensamento criminológico, v. 3); FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*:

- nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009; MATA-MACHADO, Edgard de Godói da. *Elementos de teoria geral do direito*: introdução ao direito. Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 67-98; GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 5-105.
- (3) **Gianpaolo P. Smanio** e **Humberto B. Fabretti** (*Introdução ao direito penal*: Criminologia, princípios e cidadania. São Paulo: Atlas, 2010) apontam, em sua obra, que foi **Enrico Ferri** quem cunhou os autores que vieram antes de seu mestre **Cesare Lombroso** como Clássicos, diferenciando-os da então nova Escola Positiva, em que se inseria. Ocorre que, conforme continuam os autores, “quando falamos de determinada Escola Penal, devemos ter em mente que todos os autores a ela pertencentes seguem uma mesma corrente de pensamento e compreendem de maneira mais ou menos uniforme os fenômenos criminológicos (o crime e suas causas), o criminoso e a pena” (p. 33). Por tal razão, prosseguem, “não podemos considerar, como fazem alguns autores, que todos os pensadores anteriores à Escola Positiva sejam considerados como representantes da Escola Clássica. (...) há autores anteriores aos clássicos que desenvolveram ideias muito importantes para o Direito Penal, mas não seguem uma mesma linha de pensamento padronizada ao ponto de podermos qualificá-los como de uma ou outra escola, e tampouco há entre as ideias desses autores elementos que permitam que sejam agrupados em uma escola própria. Dessarte, esses autores são simplesmente considerados como autores pré-classicos, desvinculados de qualquer escola” (p. 35).
- (4) FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugênio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. 14. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 64.
- (5) Idem, ibidem, p. 58-59.
- (6) Idem, p. 64-65.
- (7) Não é de se estranhar, aliás, que o mesmo **Feuerbach** tenha dito que apenas os súditos cometeriam crimes, sendo que não seria possível aplicar o conceito de crime a uma pessoa soberana, uma vez que esse não poderia se submeter a nenhum poder superior. Cometeria injúrias ou lesões jurídicas, mas jamais um crime (cf. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado...* cit., p. 67-68).
- (8) BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, p. 43.
- (9) O próprio **Birnbaum** aponta em sua obra que **Feuerbach** se utilizou do termo “bem” antes dele, tanto em sua obra quanto quando da redação do Código Penal Bávaro, todavia de maneira aleatória, não intencional, uma vez que toda construção de **Feuerbach** se pautava necessariamente na lesão de direitos (e nas contravenções de polícia), e não na de bens (cf. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad...* cit., p. 55).
- (10) LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. t. 1, p. 93.
- (11) Idem, ibidem, p. 94.
- (12) Sobre a tradução do termo Tatbestand e Tatbestandmässigkeit para tipicidade, ver: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada. t. III, p. 749-751.
- (13) FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Org. e Trad. de Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.
- (14) LISZT, Franz von. *Tratado...* cit., p. 95-96.
- (15) BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 20.
- (16) ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 226-229.

Giancarlo Silkunas Vay

Professor Tutor de Direito e Processo Penal no
Complexo Educacional Damásio de Jesus.
Coordenador-adjunto do Grupo de
Estudos Avançados do IBCCRIM.
Membro dos grupos de estudos Teorias Críticas do
Direito e Modernas Tendências da Teoria do Delito.

Com a Palavra, o Estudante

Individualização da Pena e Jurisprudência Penal

Pedro Augusto Simões da Conceição

A recente orientação jurisprudencial a qual vem se construindo a partir do Supremo Tribunal Federal, mas que já atingiu o Superior Tribunal de Justiça e tem exercido uma mudança de postura nos Tribunais estaduais e federais, acerca da exigibilidade formal do Recurso Ordinário Constitucional (ROC) em detrimento do simples *Habeas Corpus substitutivo*, é tema que mostra o quanto um posicionamento judicial, em matéria penal, ao se tornar um entendimento jurisprudencial, tem o poder de influenciar a práxis do *ius puniendi* estatal e realizar verdadeira política criminal judiciária.⁽¹⁾

A decorrência é simples: os Recursos Ordinários são interpostos no juízo a quo e então remetidos à instância superior, que atua como instância revisora, visto que o ROC, como recurso, é regido antes pela *devolutividade* recursal que pela noção “heroica” que se atribuía ao *Habeas Corpus* como medida processual exclusiva da defesa, cujo objetivo era de verdadeiro *correctio* e *adequatio*: não à toa, seu apelido de “remédio constitucional”.

Disso decorre, ainda, a real mudança política: os recursos demoram muito (muito) mais para “subir” e para serem julgados do que antes demoraria para impetrar um *Habeas Corpus* sobre decisão denegatória de *Habeas Corpus*, e a respectiva apreciação, ao menos, do pedido de liminar do *mandamus*. Esta consequência é política, porque está

A consequência política está diretamente ligada ao papel que as Cortes superiores atribuem a si no sistema judiciário brasileiro: enquanto avaliadoras da aplicação da lei e da Constituição, será mesmo que vão perder tempo julgando *habeas corpus* individuais?

diretamente ligada ao papel que as Cortes Superiores atribuem a si próprias no sistema judiciário brasileiro: enquanto avaliadoras da aplicação da lei e da Constituição, será mesmo que elas vão perder tempo julgando *Habeas Corpus* individuais?

A pergunta que fazemos aqui é se, ao criar um verdadeiro posicionamento jurisprudencial, o Judiciário não estaria lidando com algo efetivamente jurídico, e não somente político? É claro que é jurídico – responderão alguns – “tente impetrar um *Habeas Corpus*

no STJ que você verá”... mas, daí vem a pergunta: por quais meios jurídicos poderíamos questionar uma postura jurisprudencial que pode ser lesiva ao próprio Direito? Não existe uma Ação Direta de Inconstitucionalidade do Entendimento Jurisprudencial, apesar de posicionamentos jurisprudenciais poderem dar causa a um Recurso Especial, somente o dissídio jurisprudencial interno ao próprio STJ ou entre este e o STF pode dar causa a um recurso à Corte Suprema, mas não há meio jurídico próprio para, pura e simplesmente, se questionar uma orientação jurisprudencial adotada por Tribunal de segunda instância ou mesmo pelo STJ ou STF.⁽²⁾

Veja-se, por exemplo, a recente orientação jurisprudencial do STJ que circulou, inclusive, em seu banco de notícias do serviço *push*: em caso de roubo com arma de fogo, a palavra da vítima basta para a fiabilidade da existência e do uso da arma, sem necessária apreensão e perícia do instrumento.⁽³⁾

Desde que a notícia circulou em outubro de 2012, até fevereiro de 2013, pelo menos quatro outras decisões citam o precedente para justificar a desnecessidade de perícia da arma, com base na palavra da vítima e, assim, manter a configuração da arma de fogo, isso somente no STJ: AgRg no REsp 1.245.193, bem como os *Habeas Corpus* 241.733, 239.800 e 253.551.

Em recursos de apelação de fevereiro de 2013,⁽⁴⁾ o Tribunal de Justiça de São Paulo parece ter convertido todas as decisões no mesmo sentido do STJ, agora sem a necessidade de dispensar muitas linhas dos acórdãos para justificar tal postura, já que, justamente, a própria instância superior – que poderia revisar ditos acórdãos – é o “fundamento” da mesma.

No caso da arma de fogo, parece-me, temos uma grave violação a direitos constitucionais que integram o devido processo legal, *latissimo sensu*. O primeiro deles é o do contraditório. Isso porque, quando o Estado reconhece *a priori* uma prova como absoluta, e contra a qual não é possível fazer prova em contrário – visto que contraditar uma alegação da vítima é exemplo maior de *probatio diabolica* – o contraditório se esvazia em um momento formal e procedimental, sem a possibilidade de realmente influenciar a *opinio* do julgador.

Em segundo lugar, com essa valorização *a priori* da palavra da vítima, tem-se um *afastamento* da presunção de não culpabilidade. Isso porque antes mesmo de adentrar no processo, o réu já sabe que será considerado culpado, no que toca à qualificadora, o que decorre, justamente, da presunção de veracidade da palavra da vítima.

Mais ainda, esse entendimento vai contra outro entendimento jurisprudencial lentamente construído pelo mesmo STJ: o do uso da arma de brinquedo. Isso porque, se a arma falsa já era considerada integrante do tipo de roubo, prevalecendo a interpretação mais favorável ao réu e o risco objetivo a que se submeteu a vítima – e não a sua sensação pessoal de perigo –, na ausência de arma a ser periciada, por que motivo se presume que a arma era, efetivamente, arma de fogo e não arma de brinquedo? Ou por que motivo não se presume não haver arma alguma, e, se houvesse, pela chance de ela ser uma arma de brinquedo, a integração desse elemento duvidoso no próprio tipo de roubo, sem a incidência da qualificadora?

O problema maior disso tudo é: não há meio jurídico adequado para questionar o entendimento jurisprudencial em si, a menos que ele seja incidentalmente criticado em recursos individuais apresentados ao Supremo, ou que ele venha a afrontar, diretamente, o entendimento jurisprudencial do próprio Supremo, mas isso também precisaria ser verificado em uma decisão concreta do STJ – e estamos longe dessa situação.

E, do problema maior do caso da jurisprudência do roubo, chegamos à própria falha do sistema: a falta de instrumento jurídico próprio para questionar posicionamentos jurisprudenciais hipoteticamente inconstitucionais leva o sistema a legitimar um atentado constante ao princípio da individualização da pena.

Essa falha do sistema se dá porque o Judiciário, ao adotar este tipo de entendimento jurisprudencial, pré-julga os casos individuais e os réus em sua individualidade, de acordo com um *padrão* que se repete em casos diversos ao que será julgado. Trata-se, verdadeiramente, de uma padronização que *normaliza* a decisão, aproximando todos os casos concretos da *normal*, que é dada pela orientação jurisprudencial – estamos aqui perto da *industrialização da atividade jurisdicional*, perto do conceito de indústria cultural cunhado por Adorno e Horkheimer na década de 40 do século passado.⁽⁵⁾

É latente a violação *sistemática* do princípio da individualização da pena. E, se tal violação fica mais clara no caso da jurisprudência de roubo, que na do *Habeas Corpus*, não podemos nos esquecer de que da individualização da pena deve decorrer uma “individualização do processo penal”, de modo que para cada cominação específica da pena haja um julgamento específico (o que também se relaciona com outros princípios processuais constitucionais, como o da proibição do juízo de exceção e a garantia do juiz natural, da proibição do retrocesso, entre outros). Assim, a padronização, ou a normalização, da impetração do *Habeas Corpus*, agora por intermédio do Recurso Ordinário, é tão atentatória à individualização da pena quanto as decisões sobre roubo e arma de fogo.

É em momentos como esse que vemos o quanto estamos distantes do ideal de encararmos o *crime* com coragem, como um evento único e irrepetível que pode – e deve – ser atribuído a cada um como ação sua, como *ação concreta*⁽⁶⁾ sua e não como um *padrão repetível* e que pode ser *percebido pelo Judiciário* o qual, ao ignorar o fato de que, em matéria punitiva, todo caso é *sui generis*, transforma o potencial hermenêutico da Jurisprudência que ele mesmo constrói em verdadeira medida de *higiene social* e de *segurança pública*, tarefas às quais ele certamente não foi convocado.

Mas enquanto ditos juízes não processarem e julgarem de modo *individualizado*, os outros *players* do processo penal podem atuar, *politicamente* – já que lhes faltam instrumentos jurídicos adequados – *na contra corrente*, exigindo de cada julgamento que faça sua história, e não que a história de outrem faça todos os demais julgamentos.

Notas

- (1) Foi mais ou menos nesse sentido o editorial Para onde caminha o *habeas corpus*, da edição 243, fevereiro de 2013, deste *Boletim*.
- (2) Isso decorre da estrutura do *Civil Law*, que não atribui a entendimentos jurisprudenciais o valor de *Case Law*. Cabe lembrar, contudo, que o juiz norte-americano, ao julgar, pode decidir se atribui ou não valor *normativo*, ou de precedente, a sua decisão. Tendo esse valor de precedente sido reconhecido, há possibilidade de se questionar um entendimento específico em sede recursal, nas *Appeal* e *Supreme Courts*.
- (3) A notícia veio no informativo, via *push*, do dia 16 de outubro de 2012, sob o título “Palavra da vítima basta para configuração do uso de arma de fogo em assalto”. Não por acaso, a decisão virou notícia – e entendimento pacificamente adotado em tribunais e juízos inferiores – a partir de voto do Min. Og Fernandes no HC 245.816/SP.
- (4) Entre elas, seguem os números retirados do site <tjsp.jus.br>, 0009537-44.2010.8.26.0495, 0017711-32.2011.8.26.0196, 0782964-15.2009.8.26.0577 e 0105382-46.2011.8.26.0050 – citam expressamente esse recente entendimento do STJ, e fizemos apenas uma recolha sucinta de material.
- (5) Nesse sentido, cf. o cap. 4 de: DOURADOS, Pedro. *Mito e razão no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- (6) Acerca da ideia de “ação concreta” ou “ação como enunciado concreto”, cf. DOURADOS, Pedro. *Op. cit.*, capítulos 8 e 9.

Pedro Augusto Simões da Conceição

Estudante de Direito da USP.

Pesquisador, ex-bolsista FAPESP.

Estagiário do Departamento Jurídico XI de Agosto.

Descasos

Rogério: o dependente e os psiquiatras

Alexandra Lebelson Szafir

Rogério⁽¹⁾ tinha pouco mais de 20 anos, mas uma longa história com as drogas: desde o início da adolescência, colecionava incontáveis internações em clínicas para dependentes, as quais os seus pais se sacrificavam para pagar.

As suas feições diferiam um pouco da fotografia no seu RG, porque numa de suas muitas idas à “boca” onde se vendiam drogas, foi espancado tão severamente, que teve o rosto desfigurado num grau tamanho, que jamais voltou ao que era antes. Nunca se soube – ele não disse – o motivo da agressão.

Nosso primeiro contato com a família dele foi quando os seus pais nos procuraram porque ele estava preso por um suposto roubo. Tinham, especialmente a mãe, o rosto angustiado, marcado por anos de sofrimento e esperanças não concretizadas.

Quando li os autos, percebi que a história era patética: Rogério pegou um pequeno pedaço de pau que achou na rua e colocou-o embaixo da blusa que usava, simulando portar uma arma. Entrou num ônibus e abordou o cobrador, pedindo que este lhe entregasse o dinheiro do caixa. Acontece que a simulação foi tão tosca, que o cobrador não foi enganado por um segundo sequer: percebeu de imediato que a tal “arma” nada mais era que um pedaço de pau, sem capacidade de lesionar ninguém, dado o seu pequeno comprimento e pouca espessura, perceptíveis mesmo sob a camisa. De acordo com o seu depoimento já no auto de prisão em flagrante (que se repetiria, posteriormente, diante do juiz que presidiu a ação penal), em momento algum se sentiu ameaçado.

Rogério, diferentemente de muitos dependentes de drogas, não era violento. Quando o cobrador recusou-se a lhe dar o dinheiro, não fez qualquer ameaça ou agressão física. Simplesmente desistiu da ação e dirigiu-se à porta do veículo. Convenha-se: uma vítima apavorada ficaria, *no mínimo*, aliviada, ao ver um potencial agressor sair do local. Mas o motorista do ônibus travou as portas, impedindo, assim, a saída de Rogério. Dirigiram-se ao posto da polícia militar mais próximo, onde ele foi preso em flagrante.

Lendo o auto de prisão em flagrante e a denúncia, ficou claro, *pelo depoimento das próprias vítimas*, que estávamos diante de uma hipótese de crime impossível: no delito de roubo, são *essenciais*, por serem elementos do tipo, a violência ou a grave ameaça. Ora, as próprias vítimas disseram (gabando-se um pouco, até) que *em momento algum* se sentiram ameaçadas. Para nós era óbvio, portanto, que os autos não narravam qualquer crime.

Mas o fato é que Rogério fora denunciado, estava preso na carceragem de um Distrito Policial e as suas crises de abstinência não o tornavam exatamente uma figura popular entre os demais presos.

Impetramos um *habeas corpus* visando ao trancamento da ação penal. Liminarmente, pedimos, não a sua soltura, mas a sua transferência para uma clínica previamente contactada e disposta a recebê-lo. Comprovamos a dependência por meio de vários atestados médicos e de suas internações ao longo dos anos. A liminar foi concedida nos termos em que foi requerida, mas a nossa alegria durou pouco: como, tecnicamente, ele ainda estava preso (não houve liberdade provisória nem alvará de soltura, apenas uma ordem de transferência, remarque-se), a polícia simplesmente se recusou a transferir o preso para um lugar onde ele não estivesse sob a guarda e vigilância de policiais ou agentes penitenciários.

Levamos o problema ao conhecimento do então Vice-Presidente do saudoso Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, que tinha concedido a liminar, e não houve alternativa, senão conceder a liberdade provisória. Assumimos um compromisso moral perante aquele magistrado tão humano, de fazer o possível para que ele se internasse: tarefa árdua (muito árdua!), mas cumprida com sucesso.

Ao decidir sobre o mérito do *habeas corpus*, a Turma julgadora entendeu, por maioria de votos, que ainda não era o momento de julgar

se o caso era, mesmo, de crime impossível. Por unanimidade, porém, mantiveram a liminar.

A ação penal prosseguiu. Como Rogério declarou-se dependente de drogas no interrogatório, instaurou-se o competente incidente, no qual fui nomeada curadora. A data do exame foi marcada. Levando muito a sério meu papel de curadora (e defensora), compareci na data e horário marcados munida de documentos médicos detalhados sobre Rogério (inclusive relatórios médicos de suas internações anteriores). Apresentei-me a um psiquiatra forense como curadora de Rogério e ofereci a documentação de que dispunha, certa de que haveria interesse profissional em conhecer o histórico daquela pessoa que estava prestes a examinar.

Até hoje me penitencio por ter sido tão ingênua. Eu não sabia como as coisas *realmente* funcionavam por ali. Aquele psiquiatra se encarregou de me mostrar. Mal me olhou no rosto e não quis sequer folhear os documentos que eu lhe oferecia.

O exame foi rápido, mas não posso dizer como foi porque a minha entrada na sala não foi permitida. Porém, mesmo de fora, já pude constatar, desde logo, uma irregularidade, a meu ver, séria. A lei exige que o réu seja examinado por DOIS profissionais. E, de fato, havia dois. Mas eles faziam dessa regra letra morta, pois ficavam em salas diferentes, examinando pacientes diversos, como numa linha de montagem. Depois, um se limitava a subscrever o laudo do outro. No caso de Rogério, o segundo psiquiatra, tendo acabado seus exames do dia, entrou na sala nos últimos cinco minutos da entrevista.

Não posso dizer que a conclusão do laudo tenha sido uma *completa* surpresa. Dizia que o réu era penalmente imputável. Embasava a afirmação, por exemplo, no fato de, no passado, em uma das suas inúmeras tentativas de recuperação, Rogério ter trabalhado em uma loja por poucos meses.

Impugnamos o laudo, contando a “pequena” ilegalidade que havíamos presenciado, e questionando o óbvio: se Rogério não era dependente de drogas, o que o teria levado a passar a maior parte de sua juventude em clínicas de recuperação, em vez de estudar, sair com amigos etc.?

Teve início uma verdadeira guerra entre mim e o psiquiatra, na qual este desfiava uma série de argumentos de autoridade, mas não conseguia explicar o que qualquer leigo sabe: o dependente pode até entender o caráter ilícito do fato, mas quando está na “fissura”, perde a capacidade de se comportar de acordo com esse entendimento. O dependente fará *qualquer coisa* para conseguir a droga de que precisa.

O juiz, porém, acabou por acolher o laudo e condenar Rogério, permitindo o apelo em liberdade.

Os anos se passaram. Pouco depois da condenação, Rogério deixou a clínica. Longe de estar recuperado, porém. Após um período bastante tumultuado – envolveu-se em outra ocorrência policial, foi novamente preso e novamente solto –, acabou morto, destino comum a tantos jovens nas mesmas circunstâncias.

No julgamento da apelação, a Turma Julgadora, por unanimidade, sob a relatoria da brilhante Desembargadora Angélica de Almeida, acolheu a tese de crime impossível e o absolveu. Ele já estava morto. De qualquer forma, contamos à sua mãe da absolvição. Espero que a notícia tenha trazido a ela algum conforto.

Nota

(1) Nome fictício.

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.

(aleszafir@uol.com.br)

INSCRIÇÕES ABERTAS | GARANTA JÁ SUA VAGA

19º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM

27 a 30 de agosto de 2013 em São Paulo

PALESTRANTES INTERNACIONAIS CONFIRMADOS

- Ana Isabel Pérez Machío (Espanha)
- Barbara Juršič (Eslovénia)
- Bernd Schünemann (Alemanha)
- Francisco Muñoz Conde (Espanha)
- Jaime Bernal Cuéllar (Colômbia)
- James Jacobs (EUA)
- Juan Carlos Ferré Olivé (Espanha)
- Luis Fernando Niño (Argentina)
- Sacha Darke (Reino Unido)
- Sergio García Ramírez (México)

REALIZAÇÃO



PATROCÍNIO

Advocacia Sobbé | Alexandre Wunderlich & Salo de Carvalho Advogados Associados | Almeida Castro Advogados Associados | Alves Oliveira e Salles Vanni Advogados Associados | Andrei Zenkner Schmidt Advogados Associados | Arns de Oliveira & Andreazza Advogados Associados | Badaró Advogados Associados | Balducci & Pereira Sociedade de Advogados | Barandier Advogados Associados | Cal Garcia Advogados Associados | Canterji Advocacia Criminal | Cavalcanti & Arruda Botelho Advogados | CAZ Advogados | Damiani - Sociedade de Advogados | David Rechulski, Advogados | Décio Freire & Associados | Demarest & Almeida Advogados | Dias e Carvalho Filho Advogados | Escritório Professor René Dotti | Faragone Advogados Associados | Gamil Föppel Advogados Associados | Geraldo Prado Consultoria Jurídica | Iokoi Advogados | Joyce Roysen Advogados | Luchione Advogados | Malheiros Filho, Rahal e Meggiolaro Advogados | Marcelo Leonardo Advogados Associados | Márcio Thomaz Bastos Advogados | Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M.Zynger Advogados | Maronna, Stein e Mendes Advogados | Massud e Sarcedo Advogados Associados | Moraes Pitombo Advogados | Morais, Donnangelo, Toshiyuki e Gonçalves Advogados Associados | Moreira de Oliveira Advogados Associados | Muylaert, Livingston e Kok Advogados | Nilo Batista & Advogados Associados | Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados Associados | Ráo, Pacheco, Pires & Penón Advogados | Reale e Moreira Porto Advogados Associados | Siqueira Castro – Advogados | Thompson & Moraes Advogados | Tofic Simantob Sociedade de Advogados | Toron, Torihara e Szafir Advogados | Torres Falavigna Advogados | Zanoide de Moraes, Peresi & Braun Advogados Associados

INFORMAÇÕES E INSCRIÇÕES | www.ibccrim.org.br/seminario19

Seja patrocinador do 19º Seminário Internacional de Ciências Criminais e aproveite as vantagens. Visibilidade da marca, relacionamento e inscrições para sua equipe. Entre em contato com a Seção de Comunicação: (11) 3111-1040.