

Editorial

O esforço de Sísifo e a audiência de custódia

Éramos mais felizes quando supúnhamos que um sistema de justiça criminal injusto e arbitrário era privilégio de regimes autoritários. Pior que um sistema de justiça criminal manipulado pelo arbítrio de um tirano é aquele que já não é injusto por vontade ou capricho de um único homem, mas injusto por iniquidade sistemática, anônima, autista, de um sistema que insiste em girar em torno de si mesmo, mais preocupado com o caos burocrático em que está mergulhado do que com os dramas dos homens e mulheres envolvidos nas demandas, compondo um terrível quadro de metalinguagem institucional.

Quem trabalha com o sistema de justiça criminal está sempre às voltas com o drama de Sísifo, personagem da mitologia grega, reencarnado na obra de **Albert Camus**. O estafante esforço para carregar nos ombros a grande pedra dos direitos e garantias fundamentais até o cume de uma justiça ideal é, volta e meia, recompensado perversamente com a pedra empurrada precipício abaixo, obrigando a repetição do trabalho ao infinito.

Veja-se o caso do *habeas corpus*. Agora que a parte mais pobre da população consegue finalmente bater às portas das Cortes Superiores, alguém aparece para dizer que o rei não poderá recebê-la. Por não conseguir julgar as causas criminais em um prazo razoável, juízes ansiosos por condenar subvertem a lei, prodigalizando o uso de medidas cautelares, a mais usada delas, a prisão. O abuso se transforma na escalada do uso de *habeas corpus*, que gera mais processos, que gera mais morosidade e, por conseguinte, mais juízes ansiosos por medidas cautelares, mais *habeas corpus*... e em vez de soluções como a redução do uso de medidas cautelares, já que somos um dos países que mais prende provisoriamente no mundo, a panaceia, para espanto geral, é o inverso, o cerco ao uso do *habeas corpus*, colocado sob os grilhões do sistema recursal ordinário, com prazos, formalidades e trâmites demorados.

Esse drama também é sentido quando se examina o resultado de dois anos de vigência da Lei 12.403/2011.

A chamada Lei das Medidas Cautelares introduziu algumas mudanças significativas, como a substituição do binário, prisão-liberdade, por nove vetores cautelares alternativos. Poucos são, no entanto, os juízes que conseguem se libertar do fetichismo da medida de prisão, havendo outros que parecem sofrer a mesma alienação de Maria Antonieta, oferecendo medidas como a fiança a presos detidos por acusações relacionadas a uma miserável condição socioeconômica.

Mas talvez um dos resultados mais preocupantes da nova lei é o estrangulamento da sacrossanta sistemática da prisão em flagrante. Da forma como vêm sendo interpretadas pelos Tribunais, as hipóteses de flagrante ilegal só existem agora na teoria, porque, na prática, podem ser convalidadas pelo decreto posterior de prisão preventiva. Pois, então, para prender em flagrante no país basta prognosticar a plausibilidade de futura decretação da prisão preventiva.

Ao lado dessas, outras deficiências do sistema devem ser lembradas, como o tempo extremamente longo que costuma transcorrer para o preso ser levado à presença de um juiz, algo que somente ocorre no momento do interrogatório, último ato da instrução.

Essas idiosincrasias tornam mais urgente do que nunca a aprovação do projeto em trâmite no Senado, que introduz no sistema processual brasileiro a tão esperada audiência de custódia. Aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado, no último dia 18 de setembro, o texto do PLS 554/2011 altera o art. 306 do CPP, obrigando que o preso em flagrante delito seja conduzido à presença do juiz no prazo de 24 horas após a prisão, quando, então, ouvidos o Ministério Público, um defensor e o próprio preso, serão examinadas a legalidade do flagrante e a necessidade cautelar da custódia.

A inovação processual, que segue agora para a Comissão de Assuntos Econômicos, é fruto de antiga exigência da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (“Pacto de San Jose”), tratado ratificado pelo Brasil em 9 de julho de 1992, que em seu art. 7.º, V, estabelece que “*toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz...*”. Além de primar pelo resguardo de sua integridade física e moral, a proposta consolida o direito de acesso à justiça do réu preso, com a ampla defesa garantida em momento crucial da persecução penal, sem, no entanto, implicar antecipação do interrogatório, já que o projeto prevê expressamente no § 3.º a impossibilidade de que este depoimento preliminar em juízo seja usado depois para condenar o réu.

A questão é saber se, uma vez aprovado o projeto, a regra será efetivamente cumprida, ou será mais uma destas exigências legais que nossas Cortes reputarão meramente cosméticas, incapazes de afetar a legalidade da prisão, o que não seria de estranhar, a levar em conta o desprezo da jurisprudência pelas regras do flagrante, quando já convertido em preventiva, ou pelo atual art. 306, que prevê a comunicação do flagrante ao juiz em 24 horas. Será o projeto em trâmite no Senado mais um esforço de Sísifo?

| Editorial

Síria: “punição” por meio de uma intervenção militar? Quem realmente quiser responsabilizar o regime de Assad terá que iniciar um processo perante o Tribunal Penal Internacional
Kai Ambos _____ 2

PEC-51: revolução na arquitetura institucional da segurança pública
Luiz Eduardo Soares _____ 3

Vitória do Estado de Direito
Leonardo Isaac Yarochevsky _____ 6

Bem jurídico protegido pelo crime de *insider trading*
Heidi Rosa Florêncio Neves _____ 7

As cautelares aplicadas à investigação dentro do sistema integral de direito penal
Jacson Zilio _____ 8

Breve resenha sobre a Lei 12.830, de 20.06.2013, a atuação da autoridade policial e a posição jurídica do indiciado no inquérito policial dentro do Estado Democrático de Direito
Marcos Araguari de Abreu _____ 11

Condução coercitiva e a necessária reserva de jurisdição
José Roberto Coêlho Akutsu _____ 13

Justiça restaurativa e transação penal
Alexandre Ribas de Paulo _____ 15

Dialogando com um estudante de direito: em cada ação penal uma lição será colhida
César Augusto Moreira _____ 16

| Com a Palavra, o Estudante

Linhas sobre a teoria da coculpabilidade diante da crise do estado social
Raul Marques Linhares _____ 17

| Descasos

Os cachorros da polícia também gostam de mandioca
Alexandra Lebelson Szafir _____ 19

| Caderno de Jurisprudência

| O DIREITO POR QUEM O FAZ _____ 1701

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 1707
Superior Tribunal de Justiça _____ 1707
Tribunal Regional Federal _____ 1708
Tribunal de Justiça _____ 1708

Síria: “punição” por meio de uma intervenção militar?

Quem realmente quiser responsabilizar o regime de Assad terá que iniciar um processo perante o Tribunal Penal Internacional ⁽¹⁾

Kai Ambos

Quem quiser punir, terá que determinar antes de tudo a responsabilidade penal mediante um processo judicial. Isso não se faz de maneira parcial baseada em informação não revisável de um serviço secreto, senão, em nível internacional, por meio de denúncia ao Tribunal Penal Internacional (TPI). Quem quiser punir por meio do poder militar, revela uma compreensão jurídica arcaica. Em todo caso, a Carta das Nações Unidas (ONU) não prevê referida medida. Sem uma autorização explícita do Conselho de Segurança da ONU, tal medida violaria o direito internacional. Outras tentativas de justificação, especialmente sobre os conceitos de intervenção humanitária ou da responsabilidade de proteger, se bem gozem de certa popularidade em círculos de direitos humanos ocidentais bem-intencionados, não encontram suficiente suporte na prática dos Estados, como mostra a crítica feita por parte da Rússia, e também pela China e pelo Brasil, entre outros Estados importantes, à Otan pelo ataque à Líbia. Ademais, a intervenção humanitária tem objetivo preventivo dirigido à proteção da população civil; esta não serve ao castigo repressivo.

Diante dessa situação, somente restam sanções não militares, em particular a denúncia ao TPI, a qual poderia ser feita mediante denúncia do Conselho de Segurança, limitando-se à acusação de utilização de armas químicas. À luz da nova situação – a ameaça de ação militar dos EUA e a potencial utilização de armas químicas –, é possível convencer a Rússia e a China, com a correspondente pressão diplomática, de, pelo menos, não bloquearem tal resolução, ou seja, ao menos de absterem-se na votação. Afinal, isso já foi possível em duas ocasiões, nos casos do Sudão e da Líbia. Em todo caso, é muito mais difícil para esses Estados fundamentarem um veto contra tal medida, de caráter não militar, que sua resistência contra uma ação militar (unilateral). Ainda que nesse caso Rússia e China tenham a opinião mundial ao seu lado, isso seria diferente em caso de uma possível denúncia do caso ao TPI. Quem realmente tiver interesse no esclarecimento das denúncias contra o regime de Assad, não pode proibir-lhe o conhecimento pelo TPI. Quem, mesmo assim, o fizer, demonstrará que o seu único interesse é o de preservar o regime de Assad a qualquer custo. De fato, a França propôs um projeto de resolução em 10 de setembro, com apoio dos EUA, do Reino Unido e da Alemanha, entre outros, que prevê a denúncia do caso ao TPI; a proposta, entretanto, foi rechaçada pela Rússia. Foi aprovada, finalmente, em 27 de setembro de 2013, a resolução 2118 (2013) pelo Conselho de Segurança. Ela exige que a Síria destrua seu arsenal de armas químicas e que os especialistas em armas químicas tenham acesso irrestrito, mas não trata do TPI.

A situação jurídica em relação à utilização de armas químicas é clara como poucas vezes costuma ser o caso no direito internacional – e isso apesar da não ratificação da Convenção sobre a Proibição de Armas Químicas de 1993, pois, de todo modo, tem plena vigência como Direito Internacional consuetudinário. O uso de armas químicas não apenas é proibido pelo Direito Internacional Humanitário (DIH), senão também criminalizado pelo Direito Penal Internacional (DPI). O Estatuto de Roma do TPI penaliza o uso de veneno ou armas envenenadas assim como o emprego de gases asfixiantes, tóxicos ou similares ou qualquer líquido, material ou dispositivos análogos (art. 8 (2)(b)(xvii e xviii)). Essa criminalização, que

inicialmente valia somente para conflitos internacionais, foi ampliada para abranger também conflitos não internacionais na primeira Conferência de Revisão do Estatuto em Kampala (Uganda) em 2010 (art. 8(2)(e)(xiii e xiv)). Nesse caso, isso é de grande importância prática porque o conflito sírio é classificado como não internacional apesar da intervenção indireta de outros Estados. Embora a reforma realizada em Kampala ainda não tenha entrado em vigor, o Conselho de Segurança pode declará-la como aplicável em relação à denúncia sobre a Síria; de todo modo, a Síria não é um Estado-parte e o TPI receberá a competência somente por meio dessa denúncia. Por último, isso é um argumento *a maiore ad minus*: se o Conselho de Segurança pode tornar o TPI competente inclusive para Estados não parte (como anteriormente já o fez nos casos do Sudão e da Líbia), logo pode, então, declarar também nestes Estados aplicáveis as mudanças feitas no Estatuto apesar de estas ainda não estarem em vigência.

Tendo em vista a gênese (*travaux préparatoires*) do Estatuto – a inicial inclusão explícita de armas químicas (e biológicas) foi eliminada mais adiante –, existe a opinião de que as prescrições nomeadas não incluem as armas químicas. Entretanto, isso não é correto, pois decisivo é o efeito potencialmente mortal ou gravemente lesivo das substâncias mencionadas, e justamente as armas químicas acarretam dito efeito. Ademais, conforme as regras gerais de interpretação do Direito Internacional dos Tratados, que conferem primazia à letra do texto sobre a gênese de um tratado, efetivamente, as armas químicas estão incluídas. Ao contrário, substâncias menos danosas com efeitos somente temporais, como gás lacrimogêneo, não estão.

A proibição mais antiga do DIH contra o uso de substâncias tóxicas e bacteriológicas em conflitos armados é o Protocolo de Genebra de 1925, que constitui o fundamento das mencionadas regras do Direito Internacional. Seguindo uma interpretação ampla, pode-se elencar a proibição do uso de ditas substâncias já desde a Conferência da Haia de 1907, onde o art. 23 (e) do regulamento adjunto proíbe a utilização de “armas, projéteis ou materiais próprios para causar males desnecessários”. Essa proibição se ampliou as armas que causem “males supérfluos”, por intermédio do art. 35, inc. 2, do Primeiro Protocolo Adicional das Convenções de Genebra de 1977. O art. 8 (2) (b) (xx) do Estatuto do TPI incluiu tais armas para os crimes de guerra, mas aquela prescrição vale apenas para conflitos internacionais e somente

A situação jurídica em relação ao uso de armas químicas é clara: não apenas é proibido pelo Direito Internacional Humanitário, senão também criminalizado pelo Direito Penal Internacional

tem aplicação se os Estados-parte entrarem em acordo sobre uma lista vinculante dessas armas, algo que até agora não ocorreu.

Certamente, o emprego de armas químicas que tenham causado a morte ou lesões graves a civis – como crime de resultado – também pode ser enquadrado como crime contra a humanidade ou crime de guerra, de homicídio e de agressão à população civil. A diferença entre a criminalização geral e específica de emprego de armas químicas consiste em que nesse caso o mero uso implica uma responsabilidade penal. Trata-se de um crime de perigo abstrato porque o mero emprego dessas armas, independentemente dos danos concretos às pessoas, é punível. Assim, do ponto de vista probatório, tão somente teria que se comprovar o uso imputável dessas armas pelo regime sírio.

De qualquer forma, os fatos têm que ser avaliados em última instância por um organismo independente como o TPI. Apenas se o Ministério Público vir um fundamento suficiente para a admissão de referidos crimes de guerra e para sua imputação ao regime de Assad, a comunidade internacional poderá pensar em outras possíveis sanções. Caso o TPI emita uma ordem de prisão, o que corresponderia à prática usual em tal caso, existiria uma obrigação jurídica internacional de todos

os Estados-membros da ONU para executá-la. Ainda que alguns Estados não cumprissem essa obrigação, uma ordem de prisão internacional teria um efeito consideravelmente restritivo da liberdade e estigmatizante para os afetados. Também poderia servir de base para uma operação militar dirigida a prender Assad. Portanto, demonstra-se uma vez mais que o TPI pode ser empregado como medida mais suave, preservando assim a paz – aqui, no sentido de impedir uma nova escalada de conflito.

Nota

- (1) Tradução do alemão de Diego Fernando Tarapués Sandino (Cali) e do espanhol para o português de Eneas Romero de Vasconcelos, e revisão do autor.

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).

PEC-51: revolução na arquitetura institucional da segurança pública

Luiz Eduardo Soares

O senador **Lindbergh Farias** (PT-RJ) acaba de apresentar a PEC-51, cuja finalidade é transformar a arquitetura institucional da segurança pública, um legado da ditadura que permaneceu intocado nos 25 anos de vigência da Constituição cidadã, impedindo a democratização da área e sua modernização.

As propostas chave da PEC-51 são as seguintes: (1) Desmilitarização: as PMs deixam de existir como tais, porque perdem o caráter militar, dado pelo vínculo orgânico com o Exército (enquanto força reserva) e pelo espelhamento organizacional. (2) Toda instituição policial passa a ordenar-se em carreira única. Hoje, na PM, há duas polícias: oficiais e praças. Na polícia civil, delegados e não-delegados. Como esperar respeito mútuo, compromisso com a equidade e coesão interna desse modo? (3) Toda polícia deve realizar o ciclo completo do trabalho policial (preventivo, ostensivo, investigativo). Sepulta-se, assim, a jabuticaba institucional: a divisão do ciclo do trabalho policial entre militares e civis. Por obstar a eficiência e minar a cooperação, sua permanência é contestada por 70% dos profissionais da segurança em todo o país, conforme pesquisa que realizei com **Silvia Ramos** e **Marcos Rolim**, em 2010, com apoio do Ministério da Justiça e do PNUD, na qual ouvimos 64.120 policiais e demais profissionais da segurança pública (cf. “*O que pensam os profissionais da segurança no Brasil?*” Relatório disponível no site do MJ). (4) A decisão sobre o formato das polícias operando nos estados (e nos municípios) cabe aos Estados. O Brasil é diverso e o federalismo deve ser observado. O Amazonas não requer o mesmo modelo policial adequado a São Paulo, por exemplo. Uma camisa-de-força nacional choca-se com as diferenças entre as regiões. (5) A escolha dos Estados restringe-se ao repertório estabelecido na Constituição – pela PEC –, o qual se define a partir de dois critérios e suas combinações: territorial e criminal, isto é, as polícias se organizarão segundo tipos criminais e/ou circunscrições espaciais. Por exemplo: um estado poderia criar polícias (sempre de ciclo completo) municipais nos maiores municípios, as quais focalizariam os crimes de pequeno potencial ofensivo (previstos na Lei 9.099); uma polícia estadual dedicada a prevenir e investigar a criminalidade correspondente aos demais tipos penais, salvo onde não houvesse polícia municipal; e uma polícia

estadual destinada a trabalhar exclusivamente contra o crime organizado. Há muitas outras possibilidades autorizadas pela PEC, evidentemente, porque são vários os formatos que derivam da combinação dos critérios referidos. (6) A depender das decisões estaduais, os municípios poderão, portanto, assumir novas e amplas responsabilidades na segurança pública. A própria municipalização integral poder-se-ia dar, no Estado que assim decidisse. O artigo 144 da Constituição, atualmente vigente, é omissivo em relação ao Município, suscitando um desenho que contrasta com o que ocorre em todas as outras políticas sociais. Na educação, na saúde e na assistência social, o município tem se tornado agente de grande importância, articulado a sistemas integrados, os quais envolvem as distintas esferas, distribuindo responsabilidades de modo complementar. O artigo 144, hoje, autoriza a criação de guarda municipal, entendendo-a como corpo de vigias do patrimônio municipal, não como ator da segurança pública. As guardas civis tem se multiplicado no país por iniciativa *ad hoc* de prefeitos, atendendo à demanda popular, mas sua constitucionalidade é discutível e, sobretudo, não seguem uma política nacional sistêmica e integrada, sob diretrizes claras. O resultado é que acabam se convertendo em pequenas PMs em desvio de função, repetindo vícios da matriz copiada. Perde-se, assim, uma oportunidade histórica de inventar instituições policiais de novo tipo, antecipando o futuro e o gestando, em vez de reproduzir equívocos do passado.

As guardas civis tem se multiplicado no país por iniciativa *ad hoc* de prefeitos, atendendo à demanda popular. Acabam se convertendo em pequenas PMs em desvio de função, repetindo vícios da matriz copiada.

(7) As responsabilidades da União são expandidas, em várias áreas, sobretudo na uniformização das categorias que organizam as informações e na educação, assumindo a atribuição de supervisionar e regulamentar a formação policial, respeitando diferenças institucionais, regionais e de especialidades, mas garantindo uma base comum e afinada com as finalidades afirmadas na Constituição. Hoje, a formação policial é uma verdadeira babel de conteúdos, métodos e graus de densidade. O policial contratado pela PM do Rio de Janeiro para atuar nas UPPs é treinado em um mês, como se a tarefa não fosse extraordinariamente complexa e não envolvesse elevada responsabilidade. A tortura e o assassinato de Amarildo, na UPP da Rocinha, não foram fruto da falta de preparo, mas do excesso de preparo para a brutalidade letal e o mais vil desrespeito aos direitos elementares e à dignidade humana. A tradição corporativa, autorizada por fatia da sociedade e pelas autoridades, impõe-se ante a ausência de uma educação minimamente comprometida com a legalidade e os valores republicanos. De que serve punir indivíduos se o padrão de funcionamento rotineiro é reproduzido desde a formação, ou no vácuo produzido por sua ausência? (8) A PEC propõe avanços também no controle externo e na participação da sociedade, o que é decisivo para alterar o padrão de relacionamento das instituições policiais com as populações mais vulneráveis, atualmente marcado pela hostilidade, a qual reproduz desigualdades. Assinale-se que a brutalidade policial letal atingiu, em nosso país, patamares inqualificáveis. Para dar um exemplo, no estado do Rio, entre 2003 e 2012, 9.231 pessoas foram mortas em ações policiais. (9) Os direitos trabalhistas dos profissionais da segurança serão plenamente respeitados durante as mudanças. A intenção é que todos os policiais sejam mais valorizados pelos governos, por suas instituições e pela sociedade. (10) A transição prevista será prudente, metódica, gradual e rigorosamente planejada, assim como transparente, envolvendo a participação da sociedade.

Por que a PEC-51 me parece decisiva? Por que considero indispensável e urgente a desmilitarização e a mudança do modelo policial? As respostas se apoiam na seguinte tese: o crescimento vertiginoso da população penitenciária no Brasil, a partir de 2002 e 2003, seu perfil social e de cor tão marcado, assim como a perversa seleção dos crimes privilegiados pelo foco repressivo, devem-se, prioritariamente, à arquitetura institucional da segurança pública, em especial à forma de organização das polícias, que dividem entre si o ciclo de trabalho, e ao caráter militar da polícia ostensiva. Devem-se também às políticas de segurança adotadas e não seria possível, no modo em que transcorre, se não vigorasse a desastrosa Lei de Drogas. Observe-se que a arquitetura institucional inscreve-se no campo mais abrangente da justiça criminal, o que, por sua vez, significa que o funcionamento das polícias, estruturadas nos termos ditados pelo modelo constitucionalmente estipulado, produz resultados na dupla interação: com as políticas criminais e com a linha de montagem que conecta polícia civil, Ministério Público, Justiça e sistema penitenciário. Pretendo demonstrar que a falência do sistema investigativo e a inépcia preventiva – entre cujos efeitos incluem-se a explosão de encarceramentos e seu viés racista e classista – são também os principais responsáveis pela insegurança, em suas duas manifestações mais dramáticas, a explosão de homicídios dolosos e da brutalidade policial letal.

A tortura e o assassinato de Amarildo, na UPP da Rocinha, não foram fruto da falta de preparo, mas do excesso de preparo para a brutalidade letal e o mais vil desrespeito aos direitos elementares e à dignidade humana.

Há pressupostos e implicações teóricas em minha hipótese que devem ser explicitados, assim como uma interlocução subjacente com a tese popularizada por **Loïc Wacquant**, em sua influente obra, *As Prisões da Miséria* (Jorge Zahar Editora). O autor sugere conexões funcionais entre a adoção do receituário neoliberal nos Estados Unidos e o aumento dramático das taxas de encarceramento, sobretudo de pobres e negros. O neoliberalismo, ao promover o crescimento do desemprego, o esvaziamento de políticas sociais e a desmontagem de garantias individuais, exigiria a criminalização da pobreza para aplacar as demandas populares e evitar a eventual tradução política da exclusão em protagonismo crítico ou insurgente. Se o exército de reserva da força de trabalho não é mais necessário, dadas as peculiaridades do sistema econômico globalizado que transfere a exploração do trabalho para países dependentes, ou apresenta riscos de converter-se em fonte de instabilidade política, torna-se conveniente canalizar contingentes números dos descartáveis para o sistema penitenciário. Não por acaso, os EUA viriam a produzir a maior população penitenciária do mundo. Certo ou errado para o caso norte-americano, o diagnóstico não se aplica ao Brasil. Entre nós, a epidemia do encarceramento coincide com os governos do PT, que poderiam merecer todo tipo de crítica, menos as de serem neoliberais, promotores de desemprego e do desmonte de políticas e garantias sociais. Pelo contrário, não resta dúvida quanto às virtudes sociais dos mandatos do presidente Lula, durante os quais houve redução das desigualdades e ampliação do emprego e da renda. Contudo, nunca antes na história desse país prendeu-se tanto. Atribuo a expansão do encarceramento à combinação entre as estruturas organizacionais das polícias, a adoção de políticas de segurança que privilegiaram determinados focos seletivos e a vigência, seguida da potencialização discricionária da Lei de Drogas. Tudo isso em um contexto de crescimento econômico e dinamismo social que intensifica as cobranças por elevação do rendimento de todas as instituições. Para demonstrar minha tese, impõe-se um percurso argumentativo.

I. Voracidade encarceradora enviesada e os circuitos da violência letal

Entre 1980 a 2010, 1 milhão, 98 mil e 675 brasileiros foram assassinados. O país convive com cerca de 50 mil homicídios dolosos por ano. A maioria das vítimas são jovens pobres, do sexo masculino, sobretudo negros. Desse volume atemorizador, apenas 8%, em média, são investigados com sucesso, segundo o *Mapa da Violência*, do professor **Waiselfisz**, publicado em 2012. Mas não nos precipitemos a daí deduzir que o Brasil seja o país da impunidade, como o populismo penal conservador e a esquerda punitiva costumam alardear. Pelo contrário, temos a quarta população carcerária do mundo e, provavelmente, a taxa de crescimento mais veloz. Ou seja, além de não evitar as mortes violentas intencionais e de não as investigar, o Estado brasileiro prende muito e mal. As prioridades estão trocadas. A vida não é valorizada e se abusa do encarceramento. A privação de liberdade, este atestado de falência civilizatória, para a qual ainda não dispomos de alternativa hábil, deveria ser o último recurso, exclusivamente para casos violentos, crimes contra a pessoa, quando o agressor representasse riscos reais para a sociedade. Hoje, temos 550 mil presos.

Entre os presos, apenas cerca de 12% cumprem pena por crimes letais. 40% são provisórios. Dois terços dessa população, aproximadamente 367 mil, foram presos sob acusação de tráfico de drogas ou crimes contra o patrimônio. Fica patente que os crimes contra a vida, assim como as armas, não constituem prioridade. Os focos são outros: patrimônio e drogas.

II. Estruturas organizacionais e práticas seletivas

As PMs são definidas como força reserva do Exército e submetidas a um modelo organizacional concebido à sua imagem e semelhança, fortemente verticalizado e rígido. A boa forma de uma organização é aquela que melhor serve ao cumprimento de suas funções. As características organizacionais do Exército atendem à sua missão constitucional, porque tornam possível o “pronto emprego”, qualidade essencial às ações bélicas destinadas à defesa nacional.

A missão das polícias no Estado democrático de direito é inteiramente diferente daquela que cabe ao Exército. O dever das polícias, vale reiterar, é prover segurança aos cidadãos, garantindo o cumprimento da Lei, ou seja, protegendo seus direitos e liberdades contra eventuais transgressões que os violem. O funcionamento usual das instituições policiais com presença uniformizada e ostensiva nas ruas, cujos propósitos são sobretudo preventivos, requer, dada a variedade, a complexidade e o dinamismo dos problemas a superar, os seguintes atributos: descentralização; valorização do trabalho na ponta; flexibilidade no processo decisório nos limites da legalidade, do respeito aos direitos humanos e dos princípios internacionalmente concertados que regem o uso comedido da força; plasticidade adaptativa às especificidades locais; capacidade de interlocação, liderança, mediação e diagnóstico; liberdade para adoção de iniciativas que mobilizem outros segmentos da corporação e intervenções governamentais intersetoriais. Idealmente, o(a) policial na esquina é um(a) gestor(a) da segurança em escala territorial limitada com amplo acesso à comunicação intra e extra-institucional, de corte horizontal e transversal.⁽¹⁾

A PM é um corpo de servidores públicos pressionado pelo governo, pela mídia, pela sociedade a trabalhar e produzir resultados, os quais deveriam ser entendidos como a provisão da garantia de direitos e a redução da criminalidade, sobretudo violenta, estabilizando e universalizando expectativas positivas relativamente à cooperação. Entretanto, resultados não são compreendidos nesses termos, seja porque se interpõe a opacidade dos valores da guerra contra o inimigo interno, seja porque a máquina policial apenas avança para onde aponta seu nariz, por assim dizer. Em outras palavras, a máquina, para produzir, respondendo à pressão externa (crescente quando o país cresce e a sociedade intensifica cobranças, levando os governos a exigir mais produtividade de seus aparatos), precisa mover-se, isto é, funcionar, e só o faz segundo as possibilidades oferecidas por seus mecanismos, os quais operam em sintonia com o repertório proporcionado pela tradição corporativa, repassado nas interações cotidianas, nos comandos e no processo de socialização, o qual incorpora e transcende a formação técnica.

A máquina funciona determinando às equipes de subalternos nas ruas, pelos canais hierárquicos do comando, ao longo dos turnos de trabalho, trajetos de patrulhamento, em cujo âmbito realiza-se a vigilância. A operacionalização depende da subserviência do funcionário que atua na ponta, ao qual se exige renúncia à dimensão profissional de seu ofício, à liberdade de pensar, diagnosticar, avaliar, interagir para conhecer, planejar, decidir, mobilizar recursos multissetoriais, antecipando-se aos problemas identificados como prioritários. A inexorável discricionariedade da função policial será exercida nos limites impostos pela abdicação do pensamento e do protagonismo profissional. Será reduzida ao arbítrio, porque descarnada da finalidade superior, que daria sentido à sua ação. O que restará ao policial militar na ponta, na rua? O que caberá ao soldado? Varrer a rua com os olhos e a audição, classificando personagens e biotipos, gestos e linguagens corporais, figurinos e vocabulários, orientado pelo imperativo de funcionar, produzir, o que significa, para a PM, prender. *Ad hoc*, no varejo do cotidiano, só resta

ao soldado procurar o flagrante, flagrar a ocorrência, capturar o suspeito. Os grupos sociais mais vulneráveis serão também, no quadro maior das desigualdades brasileiras e do racismo estrutural, os mais vulneráveis à escolha dos policiais, porque eles projetarão preconceitos no exercício de sua vigilância. Nos territórios vulneráveis, a tendência será atuar como tropa de ocupação e enfrentar inimigos. Assim se explicam as milhares de execuções extrajudiciais sob o título cínico de autos de resistência, abençoados pelo MP sem investigação e arquivados com o aval cúmplice da Justiça, ante a omissão da mídia e de parte da sociedade.

Por fim, o flagrante exige um tipo penal: na ausência da antiga vadiagem, está à mão a Lei de Drogas (e não só). Ou seja, pressionar a PM a funcionar equivale a lhe cobrar resultados, os quais serão interpretados não como redução da violência ou resolução de problemas, mas como efetividade de sua prática, ou seja, como produtividade confundida com prisões, contabilizada em prisões, aquelas mais prováveis pelo método disponível, o flagrante. O personagem, o biotipo, o rótulo, o figurino, o território, a fala, a vigilância no varejo das ruas, a ação randômica em busca do flagra: não é preciso grandes articulações funcionais entre macroeconomia e políticas sociais, a proporcionar sobrevida ao capitalismo. Basta a máquina funcionar. Ela não investiga, porque a fratura do ciclo, prevista no modelo, não permite. Ela está condenada a enxergar o que se vê na deambulação vigilante, em busca dos personagens previsíveis, que confirmem o estereótipo e estejam nas ruas, mostrem-se acessíveis. Ela vai à caça do personagem socialmente vulnerável, que comete determinados tipos de delito, captáveis pelo radar do policiamento ostensivo.

Claro que a política criminal é decisiva, assim como a política de segurança, com suas escolhas de fundo, mas é indiscutível que cumprem papel determinante a militarização e a ruptura do ciclo do trabalho policial. A divisão do ciclo, no contexto da cultura corporativa belicista – herdada da ditadura e do autoritarismo onipresente na história brasileira –, cria uma polícia exclusivamente ostensiva, cuja natureza militar – fortemente centralizada e hierarquizada – inibe o pensamento na ponta, obsta a valorização do policial e de sua autonomia profissional, e mutila a responsabilidade do agente, degradando a discricionariedade hermenêutica em arbitrariedade subjetiva. A aprovação da PEC-51 não resolverá todos os problemas. Longe disso. Entretanto, pelos motivos expostos, constitui condição *sine qua non* para que eles comecem a ser enfrentados.

Nota

- (1) Este parágrafo foi escrito em parceria com Ricardo Balestreri para artigo que publicamos juntos na Folha de São Paulo, em 18 de maio de 2012, sob o título “A Raiz de nossos problemas de segurança”.

Luiz Eduardo Soares
Professor da UERJ.
Antropólogo.



DIRETORIA DA GESTÃO 2013/2014

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Assessor da Presidência: Rafael Lira
1.ª Vice-Presidente: Helena Regina Lobo da Costa
Suplente: Átila Pimenta Coelho Machado
2.ª Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna
Suplente: Cecília de Souza Santos
1.ª Secretária: Heloisa Estellita
Suplente: Leopoldo Stefanino G. L. Louveira
2.ª Secretário: Pedro Luiz Bueno de Andrade
Suplente: Fernando da Nobrega Cunha
1.º Tesoureiro: Fábio Tofic Simantob
Suplente: Danyelle da Silva Galvão

2.º Tesoureiro: Andre Pires de Andrade Kehdi
Suplente: Renato Stanzziola Vieira
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Eleonora Rangel Nacif
Suplente: Matheus Silveira Pupo

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

Vitória do Estado de Direito

Leonardo Isaac Yarochevsky

A sessão do dia 18 de setembro de 2013 do STF e o voto de minerva do decano da Corte ministro **Celso de Mello**, aceitando os embargos infringentes na Ação Penal 470 de competência originária do STF, já integram uma das mais belas páginas escritas na Suprema Corte jurídica do país em defesa dos direitos e das garantias fundamentais, sobretudo, em respeito à Constituição Federal, ao devido processo legal e à ampla defesa. O voto do ministro **Celso de Mello** foi uma verdadeira aula magna, a qual deverá ser reproduzida nas centenas de faculdades de direito do país, em todos os fóruns, em cada tribunal da República, para que nenhum estudante, nenhum estagiário, advogado, juiz, promotor ou outro profissional do direito se esqueça de que todo e qualquer acusado, qualquer que seja o crime, por mais grave e odiosa que seja a acusação, tem garantido o direito de ser tratado como pessoa, como ser humano e, portanto, titular de direitos, entre os quais, o sagrado e constitucional direito à mais ampla defesa.

Sem entrar propriamente no mérito que levou o STF a admitir os embargos infringentes por 6 x 5 votos, é imprescindível destacar o “contexto normativo e as premissas” que nortearam o voto de minerva do decano da Suprema Corte.

O processo penal, ensinam os doutos e o ministro não se olvidou disso, não pode constituir instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, representa meio de delimitação e contenção do poder punitivo.

No voto em comento, o ministro **Celso de Mello**, em relação ao “*due process of law*”, no que se refere ao seu conteúdo material, identifica alguns elementos essenciais à sua própria configuração, entre os quais, segundo o ministro, “*avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis ‘ex post facto’; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); (l) direito à prova; e (m) direito ao recurso*”.

Hodiernamente, o processo penal deve ser lido de acordo com e à luz da Constituição Federal e não ao contrário. O processo penal, ressalta **Aury Lopes Jr.**, não pode ser visto hoje como um simples instrumento a serviço do poder punitivo, mas, também, como aquele que cumpre o imprescindível papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Como bem alertado pelo citado autor, em sua obra *Direito Processual penal e sua conformidade constitucional* (5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), “*há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)*”.

Como bem asseverou **Celso de Mello**, “*O dever de proteção das liberdades fundamentais dos réus, de qualquer réu, representa encargo constitucional de que este Supremo Tribunal Federal não pode demitir-se, mesmo que o clamor popular se manifeste contrariamente, sob pena de frustração de conquistas históricas que culminaram, após séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, na consagração de que o processo penal traduz instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa jamais poderá constituir reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional*”.

Muitos estão e permanecerão inconformados e, até mesmo, revoltados com a decisão do STF. Os linchadores de plantão continuarão falando em impunidade, novo julgamento, injustiça e corrupção. Sem ouvir a voz das ruas desprovida de identidade, sem medo de se tornar impopular, sem se importar com a opinião pública, que há séculos é a pior das opiniões, como já disse o poeta francês **Sébastien-Roch Chamfort**, o experiente e culto ministro **Celso de Mello**, com serenidade e racionalidade, votou: “*se é certo, portanto, que esta Suprema Corte constitui, por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades fundamentais, não é menos exato que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal*”.

Logo na introdução de sua obra *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais* (2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), **Geraldo Prado** faz menção ao julgamento do HC 73.338-7, no STF, de relatoria do ministro **Celso de Mello**, em decisão publicada no *Diário da Justiça* de 19 de dezembro de 1996, na qual se destacou que a persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Assim é que, diz o ilustre processualista, “*contemporaneamente, não mais se concebe a atuação do Estado, em busca da imposição da sanção penal aos autores das infrações penais, fora dos marcos processuais estabelecidos pelas leis e, principalmente, pela Constituição. ‘Nulla poena sine iudicio’*”.

Nesse sentido, salienta **Luigi Ferrajoli**, “*A principal garantia processual que forma os pressupostos de todas as outras é a da submissão à jurisdição expressa pelo axioma ‘nulla culpa sine iudicio’*”. Ensina, ainda, o jurista italiano, que “*o Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da ‘maioria’, os interesses e necessidades vitais de ‘todos’*” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2010).

Não resta dúvida de que a decisão do STF expressa no magnânimo voto do decano da Suprema Corte não atendeu à vontade da maioria e, tão pouco, aos interesses de uma minoria, mas às “*necessidades vitais de todos*”: da maioria e da minoria; do pobre e do rico; do branco e do negro; do católico, do protestante e do judeu; do homem, da mulher e de todo ser humano, porque o direito à ampla defesa, o respeito ao devido processo legal e aos direitos humanos pertencem a todos.

Como bem salientado pelo ministro **Celso de Mello**, a resposta do poder público ao fenômeno do crime não pode se manifestar de modo cego e instintivo, como, também, não pode ser movida por paixões exacerbadas das multidões. A resposta ao crime deve ser dada por uma justiça serena, independente, imparcial, racional e, sobretudo, humana, que admite sua falibilidade.

A sociedade pode demorar a entender, pode até jamais entender, mas os verdadeiros vitoriosos dessa decisão do STF foram os direitos e as garantias fundamentais, foi o Estado de Direito.

Leonardo Isaac Yarochevsky
Doutor em Ciências Penais pela UFMG.
Professor de Direito Penal da PUC-Minas.
Advogado Criminalista.

Bem jurídico protegido pelo crime de *insider trading*

Heidi Rosa Florêncio Neves

A regulamentação do crime de *insider trading* ocorreu, no Brasil, a partir da edição da Lei federal 10.303/2001, que acrescentou o art. 27-D à Lei 6.385/1976. O surgimento desse crime resulta do desenvolvimento e fortalecimento dos negócios realizados com ações no país, sobretudo a partir da década de 90.

A análise do mencionado tipo penal acarreta grande dificuldade para extrair qual seria o bem jurídico tutelado por esse delito. Não há consenso na doutrina brasileira, tampouco na estrangeira, de qual seria o bem jurídico imediato protegido por esse delito.

Não há grandes questionamentos, contudo, em relação ao bem jurídico mediato. Segundo a doutrina estrangeira, a ordem econômico-financeira é o bem jurídico mediato do crime de abuso de informação privilegiada.

Essa distinção entre bem jurídico mediato e imediato é geralmente observada nos crimes econômicos. Entende-se que o bem jurídico imediato nesse tipo de crime é aquele previsto no tipo penal e diretamente tutelado, enquanto o bem jurídico mediato, via de regra, é a ordem econômica.

Segundo **Buján Pérez**,⁽¹⁾ a ordem econômica nunca poderá constituir um bem jurídico diretamente tutelado. Para esse tipo de bem jurídico (mediato) sempre haverá o bem jurídico específico em sentido técnico (imediato), que geralmente será representado por um bem jurídico patrimonial de natureza individual, ainda que em alguns casos se trate de bem de caráter supraindividual.

Em relação ao crime de *insider trading*, apontam-se cinco possíveis bens jurídicos imediatos tutelados pela norma penal: dois de interesse privado – interesse da sociedade emissora dos valores mobiliários e o patrimônio do investidor – e três de interesse público – correto funcionamento do mercado, igualdade de oportunidades e confiança no mercado de capitais .

O **interesse da sociedade emissora dos valores mobiliários** seria justificado como bem jurídico pelo fato de a reputação da companhia ser arranhada quando uma pessoa, a ela relacionada, utiliza informação privilegiada para obter uma vantagem indevida.

Os defensores dessa teoria acreditam que há violação do dever de lealdade do administrador ao utilizar uma informação ainda não divulgada ao mercado em benefício próprio, em detrimento dos interesses da sociedade emissora dos valores mobiliários.

No entanto, há grande dificuldade em estabelecer um vínculo direto entre a ocorrência do dano à imagem da companhia e a utilização da informação privilegiada por uma pessoa a ela relacionada. Muitas vezes a conduta praticada pelo *insider* não é capaz de afetar a situação patrimonial da sociedade e, muito menos, de acarretar uma repercussão negativa à imagem da sociedade.

Por essa razão, entende-se que o interesse da sociedade emissora dos valores mobiliários não pode ser entendido como bem jurídico protegido pelo crime de *insider trading*.

A elevação do **patrimônio do investidor** como bem jurídico protegido pelo crime de *insider trading* é justificada pelos seus defensores pelo fato de o patrimônio dos investidores – não portadores de informações privilegiadas – ser, supostamente, afetado toda vez que uma informação privilegiada é utilizada no mercado de valores mobiliários.

Entretanto, deve-se levar em consideração que nem sempre é possível estabelecer umnexo causal entre a conduta praticada pelo *insider* e a possível perda sofrida pelos demais investidores.⁽²⁾ Isso porque não é a ordem de compra ou de venda efetuada pelo *insider* que motiva a ordem de venda ou compra por parte do investidor. O investidor realizaria de qualquer forma tal operação, ainda que a parte contrária não fosse um *insider*, e ainda que esse não tivesse realizado nenhuma operação no mercado de capitais.

Gutiérrez aponta que o prejuízo do investidor se perfaz em razão de efetuar uma operação em momento inoportuno, que se concretiza com a posterior valorização ou desvalorização do valor mobiliário. O prejuízo sofrido pelo investidor não tem consequência direta ou imediata da operação efetuada pelo *insider*.⁽³⁾

Ademais, essa teoria encontra grande dificuldade de aplicação, pois é muito difícil obter a comprovação efetiva de lesão do patrimônio de diversos investidores.

Já o *correto funcionamento do mercado* é apontado como bem jurídico protegido pela doutrina majoritária da Espanha e da Alemanha. Essa corrente agrupou todos os aspectos que, na sua concepção, são importantes para garantir a incolumidade do mercado de valores mobiliários e estabeleceu que qualquer distorção a um desses aspectos acarretará dano ao funcionamento global do mercado de capitais.

No entanto, considerar o correto funcionamento do mercado de capitais como bem jurídico tutelado pelo crime de *insider trading* parece não ser a posição mais adequada, pois se verifica grande imprecisão no que venha a ser o “correto funcionamento do mercado”, o que impede que seja tido como um bem jurídico determinado.

Como bem exposto por **Iniesta**,⁽⁴⁾ considerar o correto funcionamento do mercado como bem jurídico protegido implica exigir que o direito penal intervenha em qualquer disfuncionalidade causada nos setores da economia.

Além disso, não cabe ao direito penal regular o mero funcionamento de absolutamente nada. Essa função é de responsabilidade da administração pública e não do direito penal.

Diante disso, os únicos valores que, de fato, podem ser tidos como bens jurídicos protegidos pelo crime de *insider trading* são a *igualdade de informações entre os investidores* e a *confiança no mercado de capitais*.

A ação praticada pelo *insider trading* coloca em risco a confiança no mercado de valores mobiliários justamente porque os investidores deixam de acreditar na igualdade de acesso às informações no mercado de capitais.

Ora, se o que se pune é exatamente o fato de o agente utilizar uma informação não disponível aos demais investidores, capaz de colocá-lo em vantagem em relação a estes, é óbvio que o que se busca proteger é a igualdade de oportunidades, caso contrário, não haveria razão para punir o uso indevido de informação privilegiada. Se todos tivessem acesso à mesma informação, seria impossível a prática do delito, e é exatamente isso que busca a norma penal.

O crime apenas ocorre porque o agente, ao utilizar uma informação privilegiada, afasta-se das informações disponíveis a todos os investidores, ou seja, da igualdade de informações, para obter uma vantagem indevida.

Tanto é assim, que a partir do momento que a informação deixa de ser privilegiada e se torna pública, não se pode mais falar em prática do crime de *insider trading*.

Além disso, a confiança no mercado de valores mobiliários é fundamental para a existência do próprio mercado. Não há dúvidas de que a confiança que a sociedade como um todo deposita no mercado de capitais pode ser abalada com a percepção de que algumas pessoas possuem vantagens informativas que lhes permitem obter benefícios seguros e superiores ao que seria obtido sem a informação privilegiada.

Ademais, a quebra de confiança seria responsável pela saída dos investidores desse mercado, em busca de investimentos mais seguros e com regras mais claras a todos os seus participantes. Tal situação acarretaria grande prejuízo para o mercado de capitais e para a economia como um todo.⁽⁵⁾

Conclui-se, portanto, que a tutela penal no crime de *insider trading* não busca proteger direitos individuais negociados no mercado de valores, e sim interesses coletivos, representados pela confiança que toda a sociedade deposita nesse mercado, o que só pode ser alcançado por meio da igualdade de informações.

Notas:

- (1) BUJÁN-PÉREZ, Carlos Martínez. *Derecho penal económico*. Parte general. Valência: Tirant lo Blanch, 1998. p. 97.
- (2) PINO, Ana Maria Prito del. *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en mercado de valores*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004. p. 159.
- (3) GUTIERREZ, José Zamyra Vega. *El delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, especialmente en derecho penal español (art. 285 CP)*. Alcalá de Henares, 2010. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito de Alcalá (Espanha), sob a orientação do Prof. Diego-Manuel Luzón Peña (catedrático de Direito Penal), p. 157.
- (4) INIESTA, Diego José Gómez. *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*. Madri: McGraw-Hill. 1997. p. 286.
- (5) PINO, Ana Maria Prito del. *El Derecho Penal ante el uso de información privilegiada en Mercado de valores*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004. p. 195.

Heidi Rosa Florêncio Neves

Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.
Advogada.

As cautelares aplicadas à investigação dentro do sistema integral de direito penal^(*)

Jacson Zilio

1. Cada vez mais as questões de fora do “complexo do fato” importam ao direito penal. O resgate daquilo que Liszt chamou de “gesamte Strafrechtswissenschaft” parece hoje um caminho sem volta. Também o fundador do direito penal moderno, Feuerbach tinha clara pretensão de conduzir todo o direito positivo a uma ideia reitora, o que parece estar na base dos trabalhos de Wolter e Freund,⁽¹⁾ que não poupam esforços no sentido de ampliar o sistema de direito penal, integrando, mais além do injusto culpável, as premissas constitucionais, as instituições processuais e também outros fatores de individualização que determinam a imposição de uma pena a um sujeito concreto.

2. A delimitação entre o direito penal (punibilidade) e o direito processual penal (persecução) é realizada por Roxin⁽²⁾ com base no critério do “complexo do fato”: determinada circunstância pertence ao direito processual penal se não faz parte do “complexo do fato”. Mas algumas outras circunstâncias, que pertencem ao “complexo do fato”, devem ser incluídas no direito processual penal, já que a categoria do injusto culpável e *merecedor de pena*, o injusto culpável e *necessitado de pena* e as causas de exclusão da pena também refletem no direito processual.

3. Com isso se quer dizer que uma grave intervenção no núcleo da personalidade, ainda que fora do “complexo de fato”, pode excluir ou reduzir a culpabilidade do autor, *de lege lata*. Exemplos importantes são os processos penais excessivamente largos, as prisões preventivas que superam os marcos concretos ou até abstratos, as buscas e apreensões invasivas e as interceptações intermináveis, porque nesses casos não existe direito legítimo de castigo estatal e, se existiu, desapareceu.

4. A partir dessas considerações, destaco aqui algumas medidas cautelares processuais que, por apresentarem problemas de conteúdo e procedimento, repercutem no direito penal aplicado. Esse já é um motivo suficiente para estudá-las melhor, evitando que eventual banalização negue a liberdade individual garantida pelo direito penal.

5. **A prisão preventiva.** A Lei 12.403/2011 pretendia alterar uma prática inquisitiva no que se refere às prisões cautelares pessoais, mas acabou, em grande parte, mantendo alguns resquícios do sistema inquisitorial, tanto que Miranda Coutinho⁽³⁾ afirmou logo de início que ela

era mais uma “tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro”. De qualquer modo, a reforma pretendia contribuir para uma *mudança na cultura punitiva massificada*, que vê sempre, na pena de prisão, ainda que antecipada, a única solução para os graves problemas de segurança que afetam todas as sociedades de forte desigualdade social. De início, os novos artigos agora deixam claro que a prisão em flagrante delito tem como finalidade apenas *materializar o fim do cometimento do delito*, a fim de impedir a consumação do delito, ainda tentado, ou de evitar a projeção de um dano superior, além dos fins processuais referidos à proteção da prova e da pessoa do próprio imputado. Trata-se do instrumento do instrumento, porque tem *natureza jurídica pré-cautelar* e serve apenas para retratar se ocorreram realmente as situações previstas no art. 302 do CPP. É que, como se trata de prisão levada a cabo por particulares ou agências de persecução penal, o princípio *due process of law* exige que o juiz competente analise a *legalidade da prisão em flagrante* e, depois, a *necessidade e proporcionalidade da prisão cautelar*. Do contrário haveria prisão, inclusive com processo penal em andamento, sem nenhuma decisão judicial acerca da necessidade. Agora o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá decidir fundamentadamente sobre três pontos: a legalidade da prisão, a conversão em prisão preventiva ou a concessão de liberdade provisória e medidas alternativas. Esse simples procedimento, que impõe também o dever de analisar a necessidade e a proporcionalidade da prisão preventiva, é o único adequado ao Estado Democrático de Direito. Veja-se que na Alemanha, por exemplo, uma vez realizada a prisão em flagrante delito, o atuado é conduzido *imediatamente* à presença do juiz competente, o qual, após tomar sua declaração, dispõe sobre a liberdade ou bem emite uma ordem de detenção, por meio da qual o procedimento de detenção se converte em procedimento de prisão preventiva. O mesmo acontece em outros países democráticos, como Espanha (art. 496 da LECrim), Itália (art. 386.3 do CPP), Portugal (art. 254, a, do CPP) e Argentina (arts. 286 e 287 do CPP). Entre nós, agora, a prisão preventiva só é legítima quando presentes os pressupostos (plausibilidade de ocorrência do delito e suspeita fundada de autoria) e os fundamentos (necessidade e proporcionalidade), nas hipóteses do art. 313 do CPP. Em relação aos pressupostos, exige-se *plausibilidade* da ocorrência do delito, que se traduz

num *elevado grau de probabilidade* sobre todos os elementos do tipo de injusto culpável. Desse modo é possível dizer que, se existe um lastro de prova, ainda que mínimo, questionando a existência do tipo de injusto culpável, não será possível reconhecer a presença de um dos pressupostos fundamentais da prisão preventiva, que é a exigência de que o fato esteja praticamente provado, ainda que seja num procedimento informal. Como diz **Cordero**,⁽⁴⁾ essa probabilidade é igual a zero quando existem excludentes de ilicitude, causas de exclusão da pena ou fatos extintivos do direito de punir. Esse mesmo raciocínio da *probabilidade máxima* vale também para os indícios de autoria, que devem apontar sempre na direção de um autor concreto, por “suspeita fundada”. Tudo se trata de uma “valoração das possibilidades” que leva em conta a culpabilidade ou a inocência, que afinal legítima a intromissão sem maiores cálculos de probabilidade estatística. Logo, deve-se levar mais a sério o nível de prova juridicamente exigível para a prisão preventiva. Por outro lado, esses pressupostos são ainda insuficientes. A prisão preventiva deve estar fundamentada na necessidade (conveniência da instrução criminal ou asseguramento da aplicação da lei penal, se não existir outro meio menos grave) e na proporcionalidade (a prisão cautelar deve ter correspondência com a gravidade do crime, as circunstâncias de fato e as condições pessoais do indiciado ou réu). A necessidade indica que a prisão preventiva só serve para proteger os fins perseguidos pelo processo, *quando não há outro meio menos grave ao indiciado ou réu*. Nessa afirmação está o núcleo central da prisão preventiva. **Hassemer**⁽⁵⁾ ressaltou que a prisão preventiva “*es legítima solo para aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, pero no para la persecución de objetivos penales materiales, tales como la lucha contra el peligro de reiteración. Esto se deriva necesariamente del principio por el cual se presume la inocencia. Sólo constituyen fundamentos admisibles de la prisión la fuga, el peligro de fuga y el peligro de obstrucción de la investigación*”. Nesse sentido também **Maier**⁽⁶⁾ esclareceu que o Estado de Direito repugna “*anticipación una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal*”. Por isso é que se exige que as cautelares sejam aplicadas apenas nas situações de “*peligro de fuga del imputado o en el peligro de que se obstaculice la averiguación de la verdad*”. É verdade que algumas disposições legais legitimam, inclusive no direito comparado, a prisão preventiva em situações de “gravidade do fato”. Na Alemanha, por exemplo, o § 112.3 do StPO legítima a prisão preventiva quando há suspeita fundada de delito especialmente grave – homicídio, por exemplo –, independentemente do concurso dos requisitos de perigo de fuga ou obstrução da ação judicial. Entretanto, no caso alemão, conforme o *BVerfGE 19, 342*, o Tribunal Constitucional disse que a “gravidade do fato” teria de ser interpretada conforme a Constituição, para exigir um motivo de privação de liberdade que se trataria de um perigo de fuga ou de ocultação um pouco mais fácil de se provar. No Brasil, o STF tem assentado que a gravidade do delito não é fundamento apto para, sozinho, possibilitar a decretação da prisão provisória. A prisão não pode se fundar em juízo meramente conjectural, sem nenhuma referência a situações concretas. Esses argumentos valem também para aqueles que querem concretar o conceito vazio de ordem pública apelando para a presunção de reiteração da ação delitiva, inclusive nos casos de reincidência. Essas presunções são destituídas de base empírica e arbitrárias, motivo pelo qual não podem legitimar a privação cautelar da liberdade individual. Note-se que essa conclusão é a única possível de salvaguardar as bases do Estado Democrático de Direito. **Roxin**⁽⁷⁾ reconhece que “*esse tipo de prisão é problemático desde o ponto de vista do Estado de Direito porque aqui se impõe uma privação de liberdade em razão de uma suspeita não comprovada, tanto no que se refere ao fato punível cometido, como ao fato punível que se espera*”. Em consequência, os incisos I e II do art. 282 do CPP não suportam a objeção de inconstitucionalidade, porque não se trata de requisitos que servem ao processo, e sim a fins materiais, de antecipação de pena. Na análise da *necessidade da prisão preventiva*, o juiz deve escolher aquela mais idônea e menos invasiva à esfera dos direitos fundamentais, tanto que o art. 319 do CPP oferece um rol de medidas alternativas à prisão de extrema relevância, que confirma que a prisão preventiva é agora taxativamente a *ultima ratio*. A *prima ratio* são as medidas cautelares alternativas, que também podem garantir o desenvolvimento regular do

processo e a aplicação da pena eventualmente daí resultante. Deve-se destacar que não se pode argumentar que tais alternativas à prisão dependem de implementação do Poder Executivo. Se há dificuldades de qualquer natureza na aplicação, o juiz deve buscar contorná-las, mas nunca pode recusar o cumprimento da lei. Por fim, não se pode esquecer o equilíbrio entre a prisão cautelar necessária e a gravidade do crime, as circunstâncias de fato e as condições pessoais do indiciado ou réu. Daí que é incabível a imposição de uma medida mais gravosa se a pena que pode, em tese, vir a ser imposta no final do processo for menos gravosa do que aquela decretada cautelarmente. Não se pode superar a gravidade da pena que se espera, por conta do fundamento da *proporcionalidade da prisão preventiva*.

6. A prisão para investigação. Outra medida cautelar que restou no ordenamento jurídico brasileiro é a chamada prisão temporária, que também serve, de certo modo, à investigação criminal. Essa modalidade, mais controvertida que a própria prisão preventiva, rege-se pela Lei 7.960/1989 e submete-se aos mesmos pressupostos de qualquer cautelar, somados à *necessidade da custódia*, a ser demonstrada cabalmente por razões objetivas, que são imprescindíveis para a investigação criminal. Valem aqui, portanto, os mesmos argumentos quanto à gravidade, ordem pública e reiteração de condutas mencionados no trato da prisão preventiva. Sem esses cuidados, a prisão provisória é inconstitucional, porque no Estado Democrático de Direito a investigação deve preceder a prisão.

7. A medida de busca e apreensão. Essa cautelar tem função importante na configuração do conteúdo do processo, já que na maioria das vezes pode servir de forma fundamental para a colheita de elementos de prova. Mas uma questão problemática surge aqui. É verdade que o delito de posse de objetos ilícitos é sempre crime permanente e que, em razão disso, é possível efetuar a prisão em flagrante independentemente de autorização judicial. Nessa linha de raciocínio, se o crime está ocorrendo dentro de uma residência, a autoridade policial e até o particular podem fazer cessar tal delito, mesmo que sem autorização judicial. Trata-se, portanto, de um argumento que permite relativizar o direito individual de inviolabilidade do domicílio. Tal ensinamento, muito citado pela jurisprudência brasileira, parece consequência básica da natureza dos tipos permanentes, que se prolongam no tempo e que mantêm constantemente o bem jurídico sob ameaça ou lesão. Entretanto, tais conclusões não são tão óbvias e lógicas quanto parecem. É que, se forem levadas ao extremo, podem banalizar o direito individual de inviolabilidade domiciliar previsto no inciso XI do art. 5.º da CF. Como asseverou o ex-ministro **Sepúlveda Pertence**, no julgamento do *HC 76.336-0-SP*, a licitude de uma invasão de domicílio não pode ficar na dependência do êxito ou não da diligência que se resolva empreender. É dizer: a entrada no domicílio não pode, de forma alguma, converter-se num jogo de sorte ou azar. Ademais, tal fundamento é extremamente perigoso, porque pode levar a permitir que particulares assumam funções públicas de polícia, ingressando em domicílios alheios, sempre que “desconfiarem de algum delito”. E se nesse jogo resultasse a sorte, encontrando algo que configurasse um tipo permanente, toda essa ação absurda seria considerada legítima. Também as ações da própria polícia nesse sentido podem subtrair o poder que é apenas do juiz, de relativizar, com controle e fundamentadamente, o acesso aos domicílios privados. É evidente que tal posição extrema ofende o sentimento de justiça e a tranquilidade social que deve proteger a norma. A banalização do direito individual de inviolabilidade domiciliar pela radicalização do discurso fundado na ideia de tipo permanente configura um dos mais graves ataques ao Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual deve o Poder Judiciário tomar partido nessa solução. Uma interpretação conforme a Constituição do inciso XI do art. 5.º da CF só é possível como já fez o STF no *HC 76.336-0-SP*, da seguinte forma: se é verdade que qualquer um do povo pode efetuar prisão em flagrante, somente o agente do Estado pode efetuar busca e apreensão, assim mesmo desde que munido de mandado judicial se a medida de natureza cautelar tiver que se efetivar dentro de casa em situação de não urgência. Em suma, a busca e apreensão tem, sempre, que se pautar dentro dos parâmetros do devido processo legal, o que permite concluir que, havendo tempo hábil para buscar a prestação jurisdicional da flexibilização do direito constitucional de inviolabilidade do domicílio,

não se pode admitir o ingresso ali nem mesmo da polícia. No corpo dessa decisão consta como fundamentação uma decisão interessantíssima do TJSP, da lavra do Des. **Dante Busana**, que considerou como *prova ilícita* a busca domiciliar realizada por Delegado de Polícia sem mandato judicial, mesmo que, como no caso, o resultado tenha sido deveras significativo: na ocasião concretamente narrada, o Delegado de Polícia, que ingressara na residência, insuflado por telefonemas anônimos que davam conta de tráfico de entorpecentes, efetivamente apreendeu maconha e cocaína. No julgamento mencionado, o TJSP asseverou corretamente que “*não podia, assim, entrar na casa a pretexto de fazer cessar o crime e prender o seu autor e muito menos, para investigá-lo e prová-lo, mercê de busca não autorizada judicialmente*”. Trata-se aí de prova ilícita, que viola cláusula constitucional *due process of law*, pois colhida com violação das normas e princípios da Constituição e das leis, que são criadas para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade. Assim, não havendo cumprido a regra da necessidade de mandato judicial, mesmo em se tratando de crime permanente, tudo que fora produzido decorre da transgressão à garantia constitucional prevista no inc. XI do art. 5.º da CF. Tal ilicitude traduzida na apreensão de drogas e arma de fogo nas residências contamina todos os atos posteriores, como expressão da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), firmada e desenvolvida na prática jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA.

8. As interceptações telefônicas. Essas cautelares também podem, como último recurso, auxiliar na investigação criminal, nos casos de delitos de reclusão. Mas não se pode aqui banalizar o uso. Transcrevemos uma história real. Tanto o juiz quanto a autoridade policial tinham conhecimento de que um preso possuía um telefone celular dentro da prisão. No lugar de providenciarem de forma imediata a retirada de tal aparelho, deixaram de mencionar tal fato, a fim de manterem o terminal telefônico por ele utilizado interceptado. Uma situação como tal é inadmissível. Tal telefone nem sequer poderia ser objeto de interceptação mesmo que fosse só para encontrar tal aparelho e retirá-lo da prisão, já que se trata de delito que prevê pena de detenção: se tal aparelho telefônico de comunicação móvel se encontra nas dependências do estabelecimento prisional, alguém praticou o delito previsto no art. 349-A do CP. O absurdo da situação é que o Estado não pode tomar conhecimento de uma ilegalidade e “aproveitar” que ela se estenda para reforçar o poder de punir. O Estado de Direito aspira a uma *superioridade ética*, que o impede de exercer o poder de punir com condutas semelhantes aos delinquentes. Quando o Estado não respeita ou se omite na efetivação da lei, perde também o direito de exigir dos cidadãos comportamentos adequados à lei. **Zaffaroni**⁽⁸⁾ chamou isso de *princípio da superioridade ética do Estado*, derivado do mandato republicano, que se aplica, *in totum*, ao sistema integral de direito penal, inclusive no caso do conhecido agente infiltrado.

9. Enfim, não se quer questionar a crença numa investigação eficiente

e que respeite as garantias e os direitos fundamentais. Esse tipo de investigação pode se valer das medidas cautelares existentes, sem quebrar as bases do Estado de Direito. Quando o Estado de Direito responde às demandas delitivas com os seus aparatos legítimos, dentro da normalidade de suas leis e suas instituições, mostra que entre quem viola a lei e quem a faz cumprir há uma fronteira ética que os separa. Como disse o **Lord Nicholls de Birkenhead**, quando a Câmara dos Lordes inglesa analisou a lei antiterrorista patrocinada pelo governo conservador de **Blair**, que permitia a prisão sem limite temporal de estrangeiros suspeitos de terrorismo, “*a verdadeira ameaça para vida desta Nação, entendida como um povo que vive de acordo com suas tradições e seus valores políticos, não vem do terrorismo, mas sim de leis como esta*”.

10. Entretanto, se as circunstâncias processuais mostram desrespeito às regras do jogo preestabelecidas, então elas devem ser incluídas na categoria do injusto culpável e *merecedor de pena*, no injusto culpável e *necessitado de pena* e nas causas de exclusão da pena. Como medida de Justiça, essas graves intervenções ilegítimas podem excluir ou reduzir a culpabilidade do autor, dentro de uma visão integral do sistema de direito penal.

Notas:

- * Agradeço ao amigo penalista Luis Greco a leitura, as sugestões e as correções do presente texto, que inicialmente era uma palestra proferida na cidade de São Paulo, a convite do Conselho Nacional do Ministério Público.
- (1) WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*. Heidelberg: Müller Verlag, 1996.
 - (2) ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 1055.
 - (3) MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. Lei 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Boletim do IBCCRIM* n. 223, jun. 2011.
 - (4) CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Giuffrè, 1993.
 - (5) HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy. norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*. Trad. Patricia S. Ziffer. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003. p. 127.
 - (6) MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I, fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 513-516.
 - (7) ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 262.
 - (8) ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 48.

Jacson Zilio

Doutor em Direito Penal e Criminologia pela
Universidade Pablo de Olavide de Sevilha/Espanha.
Promotor de Justiça do Ministério Público
do Estado do Paraná.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

COORDENADOR-CHEFE: Rogério Fernando Taffarello

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

CONSELHO EDITORIAL:

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

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

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Ana Carolina Ziccardi Teixeira de Carvalho, Antonio Carlos Bellini Júnior, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi, Daniel Del Cid, Fabiano Yuji Takayanagi, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Sugiimori Santos, Indaiá Lima Mota, José Carlos Abissamra Filho,

Leopoldo Stefano Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drummond, Matheus Silveira Pupo, Milene Maurício, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar e Suzane Cristina da Silva.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

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

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

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

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

Tiragem: 11.000 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

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

Breve resenha sobre a Lei 12.830, de 20.06.2013, a atuação da autoridade policial e a posição jurídica do indiciado no inquérito policial dentro do Estado Democrático de Direito

Marcos Araguari de Abreu

A Lei 12.830, de 20.06.2013, sancionada pela Presidenta da República e publicada no *Diário Oficial da União* de 21.06.2013,⁽¹⁾ dispõe, de acordo com a respectiva ementa, sobre “a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia”, trazendo disposições atinentes à posição jurídica da autoridade policial, às garantias para a atuação mais profícua desta e a uma nova regulamentação para o ato de *indiciamento*, privativo do delegado de polícia, de modo a haver inserido no ordenamento jurídico pátrio uma significativa modificação da sistemática da investigação policial.

Muito embora exista atualmente uma séria polêmica no que atine à titularidade da investigação criminal, envolvendo a Polícia Judiciária e o Ministério Público, a inovação legislativa em comento se coloca muito além das opiniões sectárias ou dos interesses corporativos, uma vez que estrutura importantíssimas garantias para a correta tramitação da investigação policial não somente para a autoridade que a preside, mas também para o investigado, que até bem pouco tempo era visto como mero “objeto” da *persecutio criminis* extrajudicial. É nesse sentido que a doutrina tradicional – construída principalmente sobre alicerces lançados antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 – apontava a posição de *indiciado* como absolutamente desprovida de garantias formais, confrontando-a com a posição de *réu*, sobre a qual (também na visão tradicional) incidia, verdadeiramente, todo o arcabouço legal protetivo.

A respeito do assunto, **Marques** (2000) assentia com essa distinção claramente, afirmando que “no direito pátrio, tem vigorado perfeita distinção entre *inquérito policial e formação da culpa*, desde a reforma de 1871, correspondendo ao primeiro a fase investigatória e à segunda da instrução criminal”.⁽²⁾ A visão que até então fora construída e lapidada, e que parece ainda pairar, tácita ou mesmo declaradamente, sobre a lógica processual penal quando se estuda o instituto do inquérito policial, distingue a posição do *acusado* daquela de “mero” *indiciado*, de maneira quase que pejorativa, desconsiderando o pesado fardo que a investigação criminal representa para a pessoa investigada. E não era outro o posicionamento de **Marques** ao afirmar que “a investigação policial, ou inquérito, **tem mesmo de plasmar-se por um procedimento não contraditório**, porque ali ainda não existe *acusado*, mas apenas *indiciado*”⁽³⁾ (destacou-se). O autor citado, apesar de merecidamente muito festejado, utiliza de maneira indiscriminada como sinônimos a expressão “investigação policial” e o termo “inquérito”, uma vez que a lógica processual da época não exigia um aprofundamento na diferenciação desses termos. Esse entendimento, hodiernamente, diante das modernas explorações sobre o assunto e da configuração democrática do instituto do inquérito policial, já se mostra insuficiente para analisar com completude a questão. Ademais, o mencionado processualista se utiliza do advérbio “apenas” (grifado intencionalmente no texto retrotranscrito) com o intuito de diferenciar as posições jurídicas do *acusado* e do *indiciado*, de modo a sugerir que este último não é

merecedor de uma tutela jurídica protetiva, o que modernamente já não se admite, por mostrar-se incompatível com os princípios democráticos.

E ainda contaminada por essa visão pouco garantista, a doutrina processual penal vem considerando que o desafio atual da normatização da investigação criminal reside, de modo particular, numa perseguida *efetividade do inquérito policial*. Alega-se que os esforços para aperfeiçoamento do inquérito policial devem se concentrar na preocupação de se viabilizar, o quanto possível, uma coleta profícua de elementos indiciários sempre direcionados a propiciar a formulação da acusação pelo Ministério Público, de modo que se permita que o desenrolar da ação penal – embora muitas vezes com a *renovação* ou *repetição*, em juízo, da maior parte dos atos realizados na fase inquisitorial – conduza a um decreto judicial condenatório. Essa visão majoritária e, muitas vezes, profana e pouco técnica do assunto, acaba por gerar severas críticas ao inquérito policial como instituto investigatório, uma vez que o insucesso das ações penais acaba por ser debitada exclusivamente na conta da Polícia Judiciária.

É nesse contexto que se insere a regulamentação inserida pela Lei federal 12.830/2013 no ordenamento jurídico pátrio. Muito embora tenha sido vetado pela Presidenta da República o polêmico § 3.º do art. 2.º da referida Lei, o qual dispunha que “o delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com o seu livre convencimento técnico-jurídico, **com isenção e imparcialidade**” (destacou-se), afigura-se claro para a mais moderna doutrina processualista que o inquérito policial, como instrumento apto a materializar os atos da investigação, presta-se acima de tudo à coleta de dados que venham trazer luz à materialidade do fato criminoso, suas circunstâncias e sua autoria, de modo que o seu resultado inexorável é a indicação do responsável pela prática delitosa, o reconhecimento da inexistência do crime ou, até mesmo, o reconhecimento de que determinada pessoa não pode ser responsabilizada pelo ilícito penal que, *ab initio*, imputava-se-lhe.

O veto à redação do contestado § 3.º do art. 2.º da Lei 12.830/2013,

A visão construída e que parece ainda pairar sobre a lógica processual penal quando se estuda o instituto do inquérito policial distingue a posição do acusado daquela de ‘mero’ indiciado, de maneira quase que pejorativa, desconsiderando o pesado fardo que a investigação criminal representa para a pessoa investigada

tendo gerado séria celeuma jurídica durante sua discussão no Congresso Nacional, particularmente no que tange ao “livre convencimento técnico-jurídico” da autoridade policial, impediu apenas e tão somente que restasse explicitado aquilo que a moderna doutrina e o próprio espírito dessa mesma lei já pregam. O inquérito policial, dentro da sistemática democrática do Estado de Direito, não pode servir pura e simplesmente à coleta de dados acusatórios, sob pena de se transformar em instrumento de opressão e arbítrio puro, sem considerar os mais elementares direitos fundamentais da pessoa, principalmente aquele atinente à *ampla defesa*.

Nesse sentido, considere-se o que afirma **Rovégno** (2005), em sua brilhante obra *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*, ao apreciar a participação do indiciado durante a prática dos atos de investigação pela Polícia Judiciária:⁽⁴⁾

“E – o que é mais importante – não há porque temer essa participação, como se fosse prerrogativa conferida ao indivíduo, em detrimento do sucesso da persecução criminal. **O exercício da defesa em nada prejudica a eficiência da Justiça Criminal, tomada como um todo.** As causas de ineficiência do nosso sistema não se ligam, de forma alguma, à possibilidade de o indivíduo tutelar seus direitos da forma mais ampla possível. Ligam-se, isto sim, à inoperância das instituições envolvidas, à sobrecarga de serviço, ao descaso governamental em face dos aparelhos policiais e, às vezes, até mesmo judiciais. Inquéritos falhos, que demoram anos para serem concluídos, e processos que se arrastam por outros tantos anos são fonte de injustiça, perigo e caos social” (destacou-se).

O direito à ampla defesa do indiciado no inquérito, por conseguinte, não pode mais ser tratado amadoristicamente na praxe policial sob o pretexto de que a inquisitorialidade da investigação é incompatível com seu exercício, devido a um virtual prejuízo que acarretaria à coleta da prova da infração penal. Incabível, também, na sistemática da Lei 12.830/2013, a alegação de que o investigado é apenas objeto da ação do Estado durante a persecução penal extrajudicial, uma vez que está perfeitamente clara a posição jurídica do indiciado como *sujeito de direitos*, diante da necessidade de fundamentação do ato de *indiciamento* pela autoridade policial.

Marques, por sua vez, ao conceituar inquérito policial, afirma que esse instituto deve ser definido como o “*instrumento formal de investigação realizada pela Polícia Judiciária para instruir os órgãos de acusação*”.⁽⁵⁾ *Data maxima venia*, esse entendimento deve estar circunscrito dentro da sistemática constitucional anterior a 1988. Após o advento da atual Constituição, como referido anteriormente, essa interpretação afigura-se precária e insuficiente perante o conjunto dos direitos e das garantias que se encontram impregnados na doutrina do moderno processo penal. Nesse sentido, ao referir-se à Polícia Judiciária, **Rovégno** destaca que os dados coletados durante a atividade repressiva levada a efeito por esse organismo estatal da persecução penal “*servirão de base ao arquivamento da investigação ou, ao invés, à instauração do inafastável processo, nas hipóteses em que existam dados seguros*

Estabelece-se, destarte, que a posição de indiciado somente pode ser atribuída a alguém após sóbria e minuciosa apreciação do conteúdo da investigação criminal, que, por essa razão, deve ter sido conduzida pelo delegado de polícia de modo imparcial e isento, sob pena de se imputar a alguém um fato criminoso levemente

a apontar a transgressão penal” (destacou-se),⁽⁶⁾ ou seja, manifesta-se o inquérito policial nitidamente como consectário lógico da busca da **verdade real**, escopo e principal fundamento do processo penal, seja o seu resultado conclusivo pela existência de crime, com a necessária indicação da autoria, ou indicativo da inexistência do fato delituoso ou mesmo da ausência de responsabilidade do investigado.

E não é diferente o entendimento de **Jardim** (2002), para quem “o inquérito policial, além de fornecer justa causa à acusação penal, destina-se à apuração das infrações penais com todas as suas circunstâncias e desempenha em nosso sistema processual uma função da maior relevância, pois permite ao titular da ação fazer uma imputação perfeitamente individualizada e certa, **evitando-se processos prematuros e absolutamente infundados**”⁽⁷⁾ (destacou-se). Como se observa, na visão desse aclamado processualista surge bem delineada a função eminentemente garantista do inquérito policial, em consonância com os modernos preceitos democráticos.

A própria Lei 12.830/2013 – indiretamente, mas de forma nítida – abarca essa conformação do inquérito policial às diretrizes constitucionais democráticas. O veto ao § 3.º de seu art. 2.º não exclui, por conseguinte, a necessidade lógica e jurídica de que a autoridade policial conduza a coleta das provas indiciárias de modo **isento e imparcial**. Outra interpretação não cabe na seara democrática do Estado de Direito. De qualquer forma, o § 6.º do mesmo art. 2.º dispõe que o *indiciamento* “*dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias*” (destacou-se), estabelecendo, destarte, que a posição de *indiciado* somente pode ser atribuída a alguém após sóbria e minuciosa apreciação do conteúdo da investigação criminal, que, por essa razão, deve ter sido conduzida pelo delegado de polícia, inexoravelmente, de modo imparcial e isento, sob pena de se imputar a alguém um fato criminoso levemente ou de modo indevido. Por outro lado, mesmo vetado o parágrafo antes referido – devido ao receio de uma alegada “subversão dos atos de investigação” ou à prevenção de uma possível “atribuição de superpoderes ao delegado de polícia” –, afigura-se lógico e inegável que se o *indiciamento* (um dos atos mais agressivos da investigação) deve ser formulado após efetivada uma análise “técnico-jurídica do fato”, com maior razão deverá ser a própria investigação, *como um todo*, conduzida de maneira esmerada e com a apreciação técnica, legalista e imparcial de cada elemento indiciário coletado.

Destarte, a existência de uma autoridade policial carente do atributo da *isenção* ou, simplesmente, *parcial*, é absolutamente descabida dentro da sistemática constitucional vigente. Dizer o contrário é fechar os olhos para a manifesta intenção do legislador em reconhecer e incrementar as garantias da pessoa do investigado. Se o delegado de polícia atuar de modo parcial, coletando indícios *apenas* para a futura formalização de uma acusação por parte do Ministério Público, ou mesmo para, *pura e simplesmente*, viabilizar a decretação judicial de determinada medida cautelar – restritiva da liberdade do indiciado ou de outros direitos do investigado –, estará agindo *ilegalmente*, com abuso de autoridade ou prevaricando, razão pela qual será merecedor de séria reprovação. E a intenção do legislador, apesar do veto presidencial, foi justamente de evitar essa atuação indevida e temerária, intenção esta que emerge, de qualquer modo, da própria sistemática da Lei 12.830/2013, revelada pela interpretação sistemática dos seus demais dispositivos.

E se a Lei em questão parece ter “colocado nos trilhos” o reconhecimento da posição jurídica *sui generis* do indiciado, com os consectários daí decorrentes, consistentes no exercício da *ampla defesa* como prerrogativa básica e inafastável, o mesmo diploma jurídico parece ter reforçado as garantias de atuação da própria autoridade policial, o que também vem ao encontro do contexto normativo constitucional. Ao estabelecer que ao “*delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal*” (§ 1.º do art. 2.º), e ao blindar essa mesma autoridade de eventuais remoções compulsórias

e infundadas, estabelecendo que as transferências administrativas somente podem efetivar-se mediante ato fundamentado (§ 5.º), também impedindo os afastamentos arbitrários do delegado de polícia da presidência de investigações (o que, de acordo com o § 4.º do mesmo art. 2.º, somente ocorrerá por motivo de interesse público ou em hipóteses reveladoras de prejuízo para a investigação), o legislador impôs de uma vez por todas sua intenção em fortalecer a autoridade presidente das investigações policiais, para benefício direto da sociedade, à qual interessa uma apuração criminal esmerada e séria, sem a interferência de vaidades ou de interesses políticos muitas vezes inconfessáveis.

Finalizando, é preciso deixar claro que o espírito da Lei federal 12.830/2013 não pode ser resumido, de maneira simplista, ao pretenso “fortalecimento” de uma classe profissional (a dos *delegados*) em detrimento de outras também dentro da hierarquia policial, muito embora se restabeleça e reafirme, com esse diploma normativo, a mencionada hierarquia, talvez outrora mitigada ou historicamente enfraquecida devido à atitude de autoridades pusilânimes. Nem a sociedade pretende que assim seja.

Por outro lado, não se pode também circunscrever a discussão do aperfeiçoamento da investigação criminal à sua titularidade, muito embora se afigure absolutamente mais democrática a repartição de poderes, com a necessária fiscalização externa da Polícia Judiciária. Assim, parece mais sensato entender o espírito dessa Lei, apesar do veto presidencial parcial que lhe foi imposto, como eminentemente garantista e evolucionista. **Reale Júnior** (2002), com clareza invejável, explicita que “as normas não são como mônadas isoladas, pois integram um conjunto normativo, cumprindo examiná-las nas relações existentes entre elas e o próprio conjunto a que pertencem, pois é desta análise que se poderá defluir o seu significado”.⁽⁶⁾ Intrinsecamente, portanto, a normatização legal da condução da investigação policial exsurge como garantia do cidadão, com a exigência de fundamentação pela autoridade policial do ato formal de *indiciamento*, que deve ser técnico, imparcial e isento, assim como devem ser todos os atos da investigação criminal, sob

pena de produzir-se resultado *ilegal*, e, acima de tudo, *injusto*.

Por outro lado, na sua relação com o ordenamento jurídico processual penal, e, principalmente, com a normatização constitucional vigente, a Lei federal 12.830/2013 cumpriu, acima de tudo, papel ordenador das garantias do *sujeito da investigação* (o *indiciado*), uma vez que toda a regulamentação da investigação criminal por ela trazida, para além de fortalecer a autoridade policial e exigir a motivação do ato de *indiciamento*, em última análise superou de uma vez por todas velhos tabus e arraigados preconceitos, em benefício de uma investigação criminal verdadeiramente compatível com os preceitos do moderno direito processual penal e do Estado Democrático de Direito.

Notas:

- (1) De acordo com o art. 1.º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a Lei 12.830/2013 entra em vigor a partir de 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação no *DOU* 21.06.2013.
- (2) MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000. v. 1, p. 89.
- (3) *Idem, ibidem*.
- (4) ROVÉGNO, André. *O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa*. Campinas: Bookseller, 2005. p. 334.
- (5) *Op. cit.* v. 2, p. 153.
- (6) *Op. cit.* p. 63.
- (7) JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 44.
- (8) REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 89-90.

Marcos Araguari de Abreu

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.
Especialista em Gestão de Segurança Pública pela
Escola Superior de Polícia Civil do Paraná.
Delegado da Polícia Civil no Paraná.

Condução coercitiva e a necessária reserva de jurisdição

José Roberto Coêlho Akutsu

A Constituição de 1988 e o Código de Processo Penal garantem à polícia judiciária a investigação da prática de ilícitos penais, tendo como finalidade a apuração dessas infrações e sua autoria (arts. 144, § 4.º, da CF e 4.º, 5.º e 6.º do CPP).

Assim, a fim de esclarecer o responsável pela conduta e a materialidade de eventual delito do qual se teve ciência, lugar-comum é a oitiva dos envolvidos (incredado, vítima, testemunhas etc.), sendo essa, ainda, a forma mais recorrente de investigação por parte da polícia judiciária brasileira.

Para esse fim, então, a praxe é a expedição de mandado de intimação com o escopo de que alguém tome ciência da data e do horário designados pela Autoridade Policial para a colheita de suas declarações, apesar de não haver previsão legal para essa prática na fase inquisitorial da persecução penal.⁽¹⁾

A legislação brasileira estabelece que, na fase judicial da persecução penal, os ofendidos (art. 201, § 1.º, do CPP), as testemunhas (art. 218 do CPP), os acusados (art. 260 do CPP) e os peritos (art. 278 do CPP) poderão ser conduzidos coercitivamente. Há previsão

legal, inclusive, para condução coercitiva de adolescente notificado (art. 187 do ECA). Mas em nenhum desses dispositivos há previsão de que a medida, conhecida para tal fase do processo penal, poderia ser determinada exclusivamente pela Polícia Judiciária, durante a fase preliminar da persecução penal.

Por ferir diretamente princípios resguardados pelo manto constitucional, somente será possível determinar a condução coercitiva do cidadão que se pretenda ouvir - seja em fase inquisitorial ou judicial - se houver autorização judicial

De outra banda, também pode se dar que, mesmo intimados, os envolvidos não compareçam ao ato, iniciando-se, então, um interessante imbróglio: pode a polícia judiciária expedir mandado de intimação com condução coercitiva ou a decisão sobre a forma para cumprimento da diligência é privativa da autoridade judiciária? Em outros termos, é uma diligência sobre a qual recai o que se nomeia “reserva de jurisdição”?(2)

A condução coercitiva é recurso extremo em que determinada pessoa é compelida fisicamente a comparecer perante determinada autoridade (policial ou judicial), sendo inevitável a lembrança da malfadada prisão para averiguação, tanto em voga no Brasil anos atrás.(3)

O tema tem sido objeto de debates cada vez mais acalorados. Há quem defenda, como Guilherme de Souza Nucci, que a condução coercitiva dos envolvidos nada mais é do que uma prisão, tendo em vista que o conduzido pode ser algemado e colocado em cela até a realização do ato e, por obediência ao art. 5.º, LXI, da CF, somente poderá ser decretada pelo magistrado.(4) Por outro lado, **Júlio Fabbrini Mirabete** entendia que “*por analogia, aplica-se às testemunhas do inquérito policial o disposto nos arts. 202 a 221 do CPP, inclusive a condução coercitiva daquela que deixar de comparecer sem motivo justificado (art. 218)*”.(5)

Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal decidiu que é possível a condução coercitiva no inquérito policial por ordem emanada exclusivamente da Autoridade Policial. Nele, a Suprema Corte entendeu que policiais, sob o comando de um Delegado de Polícia competente, possuem legitimidade para tomar todas as providências necessárias à investigação, inclusive a condução coercitiva de pessoas anteriormente intimadas a prestar esclarecimentos.

Naquele julgamento, entendeu o Ministro relator, **Ricardo Lewandowski**, acompanhado da maioria de seus pares da 1.ª Turma, que a Constituição autoriza a condução coercitiva durante o inquérito policial diante de ordem emanada de Autoridade Policial, desde que resguardadas as garantias constitucionais inerentes a essa condução.(6)(7)

A decisão, no entanto, nos parece equivocada.

Isso porque, analisando o instituto sob o prisma constitucional, notadamente no que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF) e da inviolabilidade à liberdade (art. 5.º, caput, da CF), tem-se que sua decretação exclusiva pela Autoridade Policial limita essas garantias. Na prática, obriga-se alguém a ir aonde não quer, e, já por isso, parece-nos necessária a prévia autorização do Poder Judiciário para tal fim.

Ora, se esse *deslocamento obrigatório* a mando do Delegado de Polícia fere os direitos à liberdade e à dignidade da pessoa humana, é inafastável que tal decretação se dê exclusivamente pelo Poder Judiciário.(8)

Nesse sentido, aliás, bem pontua **Fernanda Regina Vilares**, ao estabelecer que “*ao se compelir uma pessoa a comparecer a um determinado local para prestar um depoimento, mediante o uso da força, estar-se-á limitando sua liberdade de ir e vir, em prol do interesse da persecução penal, de maneira que um pronunciamento judicial será indispensável para solucionar o conflito de bens constitucionais protegidos*”.(9)

Além disso, no tocante ao *arrasto do investigado*, somam-se outros fatores. O inquérito policial, que tem caráter *meramente informativo*, serve para esclarecer o fato dito como criminoso e tentar fornecer o arrimo mínimo de evidências materiais e autorais para a propositura de eventual ação penal. Ou, ainda, para garantir ao investigado que, em razão dos seus esclarecimentos, possa ele levar elementos àquela persecução a ponto de afastar a possibilidade de oferecimento de denúncia.(10)

A Constituição da República garante – em juízo e perante a Autoridade Policial – que o acusado permaneça calado, sem que seu silêncio signifique assunção de culpa (art. 5.º, LXIII). Ora, se pode o investigado permanecer calado, não há sentido em obrigá-lo a comparecer perante a Autoridade Policial e lá nada dizer.

Com todo o respeito às opiniões contrárias – inclusive à emanada dos d. Ministros –, por ferir de forma direta princípios resguardados pelo manto constitucional, somente será possível determinar a condução coercitiva do cidadão que se pretende ouvir (seja ele investigado, testemunha, perito etc.) – seja em fase inquisitorial ou judicial – se houver autorização judicial.

Essas próprias garantias constitucionais, como se disse alhures, são feridas se houver ordem emanada da Polícia Judiciária, pois elas são, a nosso sentir, essencialmente incompatíveis entre si.

Salta aos olhos, *data venia*, que há, nesses casos, restrição à liberdade individual, e, em uma só frase, não resta outra sorte senão compelir a Autoridade Policial a *representar* ao Poder Judiciário para que tenha sua pretensão analisada.

Notas

- (1) A título de curiosidade, cumpre informar que o art. 28 do Projeto de Novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009) estabelece que “*as intimações dirigidas a testemunhas e ao investigado explicitarão, de maneira clara e compreensível, a finalidade do ato, devendo conter informações que facilitem o seu atendimento*”. Atualmente, como o PL se encontra na Câmara dos Deputados (PL 8.045/2010), o dispositivo foi renumerado para o art. 27.
- (2) O Supremo Tribunal Federal já se manifestou algumas vezes em relação à definição de “reserva de jurisdição”. A esse respeito, vale notar o MS 23.452, em que o relator, Min. Celso de Mello, define que “*O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”*” (Pleno, j. 16.09.1999, DJ 12.05.2000).
- (3) A Lei 7.960/1989, que regulamenta a retrógrada prisão temporária, também é merecedora de duras críticas. Diogo Malan, como de costume, já bem pontuou a questão (Prisão temporária. In: *Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v.1. p. 73-109).
- (4) *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 576.
- (5) *Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 212.
- (6) STF, 1.ª T., HC 107.644, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 14.06.2011.
- (7) Há em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 2.855/2011, que visa a incluir uma vedação expressa de que haja condução coercitiva de testemunhas durante a fase inquisitorial da persecução penal. A mudança se daria por meio da inclusão de um parágrafo único no art. 218 do Código de Processo Penal. A íntegra do Projeto está disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C01B29FE0736DEA9DDFAA39103D31E22.node2?codteor=947823&filename=Tramitacao-PL+2855/2011.
- (8) Maurício Zanoide de Moraes é preciso ao afirmar que “*no direito brasileiro, verifica-se que qualquer restrição a direito fundamental do cidadão seja previamente determinada pelo juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LIII, da CF), único ente público competente para restringir direito fundamental, como decorrência ou não da atividade estatal persecutória*” (Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*, São Paulo: RT, 2008. p. 36).
- (9) *Processo penal: reserva de jurisdição e CPI's*. São Paulo: Ed. Ônix Jur, 2012. p. 138.
- (10) Nas palavras de Marta Saad, a função do inquérito policial “*se consubstancia em ser não só a base para a acusação, mas também para o arquivamento...*” (O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo: RT, 2004. p. 143).

José Roberto Coêlho Akutsu

Aluno do curso de especialização em
Direito Penal Econômico da Escola de Direito de
São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV).
Associado do Instituto Brasileiro de
Ciências Criminais (IBCCRIM).
Advogado.

Justiça restaurativa e transação penal

Alexandre Ribas de Paulo

O escopo dos Juizados Especiais Criminais, idealizados desde a década de 80 do século passado e previstos no art. 98, I, da CF, foi o incremento da prestação jurisdicional brasileira com a efetiva tutela estatal às causas entendidas como de menor complexidade. Uma das suas inovações foi permitir que as pessoas vítimas de ilícitos penais de menor potencial ofensivo pudessem encontrar satisfação dos danos suportados dentro das fases pré-processuais de audiência preliminar de conciliação (arts. 72 a 75 da Lei 9.099/1995) e da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), viabilizando a concretização, ainda que tênue, de alguns postulados da denominada Justiça Restaurativa⁽¹⁾ no Brasil.

Embora já se tenham passados 18 anos da promulgação da supradita lei, a revolução paradigmática quanto à mudança do modelo jurídico-penal retributivo para o restaurativo somente ocorreu de forma mais significativa no começo deste ano, em 31 de janeiro de 2013, com a Emenda 1 na Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que em seu art. 7.º, § 3.º, estabeleceu que os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos “*poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução n. 2.002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos*”.

Ocorre que, na prática cotidiana dos Juizados Especiais Criminais, observa-se que há uma reiterada inobservância dos parâmetros legais no que concerne ao princípio da legalidade (art. 5.º, XXXIX, da CF) e da base principiológica instituída no art. 62 da Lei 9.099/1995 e pela Resolução 125/2010-CNJ, especialmente no que diz respeito à fase da transação penal, porquanto é muito comum o Ministério Público propor, ao suposto autor do fato, “pena” de cestas básicas às instituições de caridade – como refletido no art. 17 da Lei 11.340/2006 –, tornando os interesses da vítima absolutamente alheios aos fins idealizados pela legislação em vigor, mormente no que condiz ao direito fundamental de acesso à “ordem jurídica justa”.

A transação penal é declarada, pela própria Lei do Juizado Especial Criminal, como sendo um benefício para o suposto autor do fato (art. 76, § 4.º) e, por isso, deve ser ela oportunizada antes do oferecimento da ação penal para evitar o agigantamento da judicialização dos conflitos de interesse.

Dessa forma, nas questões penais em que se torna possível a transação penal, a proposta de aplicação de pena imediata deve atender ao princípio da legalidade instituído no art. 5.º, XXXIX, da CF e no

art. 1.º do CP, que impõem que *não há pena sem prévia cominação legal*. Como as espécies de penas permitidas na legislação brasileira, para a maioria dos crimes comuns, estão previstas no art. 32 do CP, o Ministério Público somente poderá propor as penas que se encontram em rol taxativo e qualquer outra espécie de penalidade ou condição não prevista em lei prévia a título de transação penal, mesmo que considerada pelo proponente como “justa”,⁽²⁾ viola o princípio da legalidade e, portanto, eivada de nulidade absoluta.

Nessa perspectiva, argumenta-se que a pena de multa prevista no *caput* do art. 76 da Lei 9.099/1995, a ser proposta na transação penal, destina-se às causas decorrentes de crimes vagos, isto é, quando não existir pessoa determinada como vítima. No tocante às penas restritivas de direitos, deve ser observado o art. 43 do Código Penal, não podendo o Ministério Público propor qualquer outra modalidade de pena que não seja uma de: (a) prestação pecuniária (art. 45, §§ 1.º e 2.º, do CP); (b) perda de bens e valores (art. 45, § 3.º, do CP); (c) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas (art. 46 do CP) ou (d) interdição temporária de direitos (art. 47 do CP), sendo que todas essas espécies de penas deverão ser cumpridas na forma determinada pelo Ordenamento Jurídico penal.⁽³⁾

Com efeito, na prática processual penal adotada por inúmeros Juizados Especiais Criminais, a espécie recorrente de proposta de transação penal consiste em penas que não levam em consideração os interesses da vítima, como, por exemplo, as já referidas cestas básicas às instituições de caridade ou prestação de serviços à comunidade. Salienta-se que tal procedimento deve ser revestido das cautelas necessárias para que não ocorra uma frustração aos princípios do Juizado Especial Criminal, em especial no que diz respeito à “*reparação dos danos sofridos pela vítima*”, como instituído no art. 62 da Lei 9.099/1995; lembrando que incumbe ao Ministério Público, por força do art. 127, *caput*, da CF, a defesa dos interesses individuais indisponíveis, entre estes o acesso das pessoas à ordem jurídica justa e eficaz.

Deveras, a recente institucionalização dos postulados da Justiça Restaurativa em consonância com os princípios dos Juizados Especiais Criminais tornam o art. 45, § 1.º, do CP a modalidade de pena principal a ser proposta a título de transação penal quando houver pessoa determinada como vítima, visto que esse tipo de pacto com o Ministério Público torna-se proveitoso para todos os envolvidos no conflito. Tal artigo institui: “*A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários*” (sem destaques no original).

Portanto, a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade ao suposto autor dos fatos – quando não existir acordo extintivo da punibilidade na fase preliminar de conciliação – merece ser uma pena pecuniária que atenda aos interesses da vítima e, somente no caso de ser inviável esse tipo de proposta, então cabe ao Ministério Público propor alguma outra modalidade de pena a título de transação penal, tendo em vista a concretização do direito fundamental de “*acesso à ordem jurídica justa*” e ao “*tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses*”, conforme os paradigmas internacionais da Justiça Restaurativa adotados e preconizados pelo Conselho Nacional de Justiça.

A proposta de transação ao suposto autor do fato - quando não existir acordo na fase preliminar de conciliação - merece ser uma pena pecuniária que atenda aos interesses da vítima e, somente em sua inviabilidade, cabe ao Ministério Público propor outra modalidade de pena a título de transação penal

Notas:

- (1) “A justiça restaurativa é uma nova maneira de abordar a justiça penal, que enfoca a reparação dos danos causados às pessoas e relacionamentos, ao invés de punir os transgressores.” MCCOLL, Paul; WACHTEL, Ted. *Em busca de um paradigma: uma teoria de Justiça Restaurativa*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 agosto de 2003, Rio de Janeiro, Brasil, disponível em <http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NTYy>. Acesso em: 4 maio 2013.
- (2) Sobre a aleatoriedade nas propostas de transação penal, consultar: ALMEIDA, Vera Ribeiro de. Consenso e verdade na justiça consensual criminal, sob a perspectiva antropológica. In: CONPEDI (Org.). *Anais do XXI encontro nacional do CONPEDI – Niterói*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 25-54. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7827d1ec626c891d>>. Acesso em: 4 maio 2013.

- (3) Lembrando que legislação especial prevê outras penas diferenciadas em casos específicos como, por exemplo, o art. 28 da Lei 11.343/2006 e o art. 297 da Lei 9.503/1997.

Alexandre Ribas De Paulo

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela
Universidade Federal de Santa Catarina.

Professor Adjunto no Departamento de Direito Privado e
Processual da Universidade Estadual de Maringá.

Líder do Grupo de Pesquisa intitulado “Efetividade dos
Direitos Fundamentais, Soluções Alternativas de Conflitos e
Justiça Restaurativa” (CNPq/UEM).

Dialogando com um estudante de direito: em cada ação penal uma lição será colhida

César Augusto Moreira

“Do rio que tudo arrasta se diz que é violento, mas ninguém diz violentas as margens que o comprimem.”⁽¹⁾

Lendo a seção “Com a palavra, o Estudante”, do *Boletim n. 245*, escrito pelo acadêmico **Estevão Nascimento Orcini**, voltei mais de vinte anos no tempo e me vi sentado nos bancos da faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, aprendendo o Direito na teoria.

Hoje, depois de quase vinte anos de efetivo exercício da Advocacia criminal, posso assegurar a você, Estevão, que cada julgado que encontrar na carreira de operador do Direito encerrará uma lição. De uns tempos para cá, os julgados sobre questões criminais têm trazido lições mediocres, pobres e decepcionantes. É certo que ainda há exceções louváveis e que dão vigor para que os Defensores⁽²⁾ não esmoreçam na luta diária pela aplicação correta do Direito Penal.

Há uma máxima que diz “aos amigos tudo, aos inimigos, todos os rigores da Lei”. Hodiernamente, para a grande maioria dos magistrados⁽³⁾ brasileiros, o acusado em processo-crime é um inimigo que precisa ser combatido e aniquilado, para o que se utilizam do direito penal do inimigo.

Por conta dessa atitude de grande maioria dos Juizes do país, vale dizer, a de ver o réu como um inimigo a ser combatido até a morte, você ouve um Desembargador, num julgamento por uma das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, afirmar em voto proferido que “a presunção de inocência só vai até a prolação da sentença condenatória, depois disso, passa a valer a presunção de culpa”.⁽⁴⁾ Você também ouvirá um Desembargador num julgamento numa das Câmaras criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo dizer: “não sei porque os advogados dizem que tem que se aplicar o Pacto de San José da Costa Rica nos processos que tratam de tráfico de drogas, porque eu entendo que tem que se aplicar o Tratado de Roma, que manda reprimir com rigor o tráfico de drogas, além de ser um tratado muito mais amplo do que o Pacto de San José”.⁽⁵⁾ Ainda no Tribunal de Justiça de São Paulo você ouvirá, agora numa sessão do Órgão Especial, um Desembargador dizer que “não interessa o que a Constituição diz, o que interessa é manter a tradição do Tribunal”.⁽⁶⁾

Já tive oportunidade de afirmar em artigo neste *Boletim* (o de número 125, abril de 2003) que para ser Juiz é preciso ter coragem. Coragem para aplicar o Direito (A Lei) porque é Direito e deixar com Deus as consequências.

Com efeito, para a grande maioria dos Magistrados brasileiros a Lei é mero detalhe. A atual quadra da história do país fez que com a

composição do Supremo Tribunal Federal seja de Ministros pouco afeitos ao Direito Penal. Há Ministros hoje na Suprema Corte que não gostam da ciência do Direito Penal, não a entendem e não fazem questão de entender, o que pode ser visto pelos absurdos que são ditos durante os julgamentos levados a efeito naquele Supremo Tribunal. Por outro lado, os Ministros que conhecem a ciência do Direito Penal parecem que estão mais seletivos na aplicação dos institutos dessa Ciência, deixando para fazê-lo somente em favor de alguns poucos recorrentes/pacientes, mormente aqueles que são representados por bancas de advogados renomados, salvante umas poucas exceções.

De modo que você, Estevão, e todos os estudantes de Direito do país descobrirão que entre a teoria do Direito Penal e a prática diária desse Direito no Judiciário do país há uma diferença abissal; contudo, isso não pode servir para desanimar aqueles que têm vocação para atuar como Defensor seja público, seja privado, porque a atuação do Defensor tem que nascer da vocação, do dom e não de qualquer outro tipo de sentimento, de sensação ou ainda de interesse, porque Justiça é coisa que se pede de pé, não sentado nem ajoelhado, e muito menos deitado, mas de pé, que é a posição dos fortes, pois o Defensor criminal tem que ser forte para enfrentar um Poder Judiciário cada dia mais hostil tanto ao acusado quanto ao Defensor, porque vê neste a extensão do mau ato do qual aquele está sendo acusado.

Notas

- (1) Bertoldt Brecht.
- (2) Termo usado em sentido amplíssimo.
- (3) Termo usado em sentido amplíssimo.
- (4) Ação de *Habeas Corpus* 1.0000.12.096186-7/000, da E. 5.ª Câmara Criminal do TJMG.
- (5) Debate travado na E. 3.ª Câmara Criminal do TJSP, quando no julgamento da ação de *HC* 0246154-78.2012.8.26.0000.
- (6) Afirmação feita durante o debate travado no julgamento ocorrido em 10.04.2013, de um recurso administrativo interposto por Juiz de Direito em face do critério de promoção de Juizes adotado pelo Tribunal que, segundo o recorrente, ia de encontro com dispositivos constitucionais.

César Augusto Moreira

Professor da Escola Superior de Advocacia.
Advogado.

Com a Palavra, o Estudante

Linhas sobre a teoria da coculpabilidade diante da crise do estado social

Raul Marques Linhares

I. Introdução

Atualmente, presenciamos um movimento de expansão do Direito Penal, com diversidade de manifestações sociais em prol de medidas de maior rigorismo no trato de condutas criminosas. Nesse panorama, cada vez mais nos esquecemos da grande parcela de culpa do Estado e da sociedade em relação ao cometimento de determinadas classes delitivas, em especial à classe dos crimes contra o patrimônio. Este artigo procurará desenvolver esse tema de forma simples, possibilitando, ao final, maior compreensão acerca da maneira equivocada com a qual é tratado o problema da “criminalidade de miseráveis”.

II. Ponto central

Teoricamente (e apenas teoricamente), em determinado momento da história, o homem promoveu o “(...) abandono da vida primitiva em favor do status societatis (...)”.⁽¹⁾

Isto é, ele abdicou da vida em estado de natureza, renunciou à parcela de sua liberdade e “celebrou” um contrato social para que o Estado, a partir de então instituído, promovesse sua segurança perante os demais membros da sociedade. Contudo, atualmente e em certos casos, esse “contrato social” parece ter se transformado em via de mão única, vinculativo a apenas uma das partes.

Conquanto os inúmeros direitos e garantias outorgados aos cidadãos perante o Estado, presenciamos, cotidianamente, a negação desses direitos justamente por quem os deveria assegurar. Assim, grande parcela populacional é marginalizada, privada do mínimo existencial aceitável e submetida a interdições diversas que “impedem ao homem comum de ser igual ao próprio homem, de se realizar como homem, com acesso a todos os bens a que tem direito, tais como moradia, terra, educação, saúde, trabalho”.⁽²⁾ **Alvino Augusto de Sá** denomina esse grupo de pessoas “maioria dominada”, que viveria o dilema de “(...) ajustar-se às condições humanas de sobrevivência”,⁽³⁾ enquanto a “minoridade dominante” manteria o monopólio dos bens faltantes aos demais. Conforme disse **Cesare Beccaria**, “Em toda sociedade humana, há um esforço tendendo continuamente a conferir a uma parte o auge do poder e da felicidade e a reduzir a outra à extrema fraqueza e miséria”.⁽⁴⁾

Nesses termos, devido à concentração de poder e de bens diversos pela minoria dominante, a maioria dominada se encontra em um estado de negação de direitos fundamentais à existência humana plena. Aqui, tomamos “existência plena” no sentido defendido por Aristóteles, segundo o qual o homem tem por objetivo último o alcance da felicidade, porquanto, sendo ela “(...) considerada alguma coisa final [completa] e autossuficiente, é a finalidade visada por todas as ações”.⁽⁵⁾ Com isso, na situação de negação de direitos fundamentais e de falta de perspectivas de alcance da finalidade maior da vida (felicidade), manifestar-se-ia nessa maioria populacional o instinto de sobrevivência, exercitado pela busca violenta aos bens necessários à manutenção da vida. Essa violência, salienta-se, não é utilizada com finalidade destrutiva; destina-se unicamente a preservar a vida de quem assim atua.⁽⁶⁾

Na lição de **Rudolf von Ihering**, “(...) a defesa do direito é um dever de autoconservação moral (...)”.⁽⁷⁾ Com a problemática aqui

apresentada, mais do que autoconservação moral, está-se diante de preservação da própria vida. Questão semelhante é apresentada na obra *O caso dos exploradores de cavernas*, na qual, presos em uma caverna em decorrência de um desabamento, um grupo de exploradores tira a vida de um deles para que os demais possam se alimentar de sua carne e, assim, sobreviver. Um dos julgadores do caso fictício sustentou em seu voto: “(...) na medida em que se supunha que as pessoas pudessem viver em comunidade fosse uma premissa falsa, como indiscutivelmente ocorreria naquela situação particular, em que a preservação da vida humana tornara-se unicamente possível através da supressão da vida, as premissas básicas e fundamentais do ordenamento jurídico de Newgarth tinham perdido seu sentido e coerção”.⁽⁸⁾

Transposto o caso acima para a realidade vigente, nos deparamos com a situação de necessidade da maioria dominada (ou parcela dela) em apelar para formas criminosas de subsistência para afastar o perigo à própria vida, como que retornando esse grupo de pessoas, em razão das circunstâncias em que se encontram, a algo parecido com o teorizado “estado de natureza” e em defesa de um direito natural superior aos direitos de minorias – como, v.g., o direito à propriedade privada.

Esse posicionamento foi adotado, no fim do século XVIII, pelo francês **Jean Paul Marat**, quando do desenvolvimento de seu “Plano de legislação criminal”. Nas palavras do autor:

“(...) non appartenendo alla società che per via degli svantaggi che questa comporta, sono essi obbligati a rispettarne le leggi? Indubbiamente no. Se la società li abbandona essi rientrano nello stato di natura, e allorché rivendicano con la forza quei diritti cui rinunciarono al solo fine di garantirsi maggiori vantaggi, ogni autorità che li ostacola è tirannica ed il giudice che il condanna a morte altro non è che un infame assassino”.⁽⁹⁾

Ou seja, seria desarrazoado se exigir do homem a inibição do instinto de preservação da própria vida ou da vida de certas pessoas, porquanto, jogado em condição de extrema necessidade, acabará o indivíduo por se rebelar contra o Estado e a sociedade.

Sob essa óptica, a atividade criminosa deixaria de ser vista como opção livre e desimpedida do agente; seria, isso sim, um meio inafastável à consecução da sobrevivência. Afinal, no dizer de Aristóteles, “(...) aquilo que é ditado pela força da necessidade é doloroso, e daí o dito tão acertado: **Tudo o que se faz por força da necessidade é amargo**”⁽¹⁰⁾ (destaques do autor).

Nessa linha de raciocínio, evidencia-se a possibilidade de se teorizar a aplicação, em casos especiais, do “estado de necessidade”, excludente de ilicitude prevista no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Para isso, tomar-se-iam a condição de miserabilidade extrema do agente, a negação de direitos fundamentais por parte do Estado e o estado físico de risco à vida (doença, fome, frio etc.) como sendo um perigo atual provocado pelo sistema social de desigualdades – ou seja, não acarretado pelo agente nem por ele evitável. Perante circunstâncias tais, objetivando salvaguardar direito próprio (a vida), o agente violaria direito de terceiro (v.g., à propriedade). Sopesando-se ambos os direitos, caso prevaleça a proteção à propriedade, o sujeito criminoso estaria fadado a sucumbir inerte, em respeito à lei, ou a ser isolado em presídios-masmorras

violadores de tantos outros direitos fundamentais. Prevalecendo o direito à vida, haveria a exclusão da ilicitude.

Podemos ainda pensar a questão em face do sexto axioma do sistema garantista, desenvolvido por **Luigi Ferrajoli**, qual seja: “*Nulla actio sine culpa*”,⁽¹¹⁾ especificamente quanto à exigibilidade de o autor da conduta agir de maneira diversa – deve o agente se abster de atuar em desconformidade com a norma penal, mesmo que esse agir ocasione sua morte por doença fatal, ou sua conduta estaria justificada em razão das circunstâncias fáticas?

Trata-se, aqui, da concepção de *culpabilidade* ou, conforme **Jesús-María Silva Sánchez**, “*co-responsabilidade social no delito*”,⁽¹²⁾ que propõe não ser o sujeito criminoso o único responsável por seu atuar em violação legal, pois deve ser atribuída parcela de responsabilidade, também, a causas sociais diversas, que o compelem a tal atitude. Ao final, atribuir-se-ia parte da culpa pelo delito ao Estado e/ou à sociedade. **Eugenio Raúl Zaffaroni** e **José Henrique Pierangeli** trabalham a *culpabilidade* como componente de todo Estado Social de Direito, sendo contemplada pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro no art. 66 do Código Penal.⁽¹³⁾ Nesse sentido, não haveria reconhecimento do estado de necessidade, mas mera aplicação de causa de atenuação da pena.

A esse respeito, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“*Apelação crime. Furto qualificado. Perícia. Dosimetria. Culpabilidade. Culpabilidade. Reincidência. Multa. (...) 3. Não há previsão legal para a aplicação da ‘atenuação de culpabilidade do Estado’, não havendo nenhuma circunstância relevante no caso sub judice – esta sim prevista no art. 66 do CP – para a atenuação da pena. Outrossim, é notório que a criminalidade atinge a todas as classes sociais, indistintamente. Também é forçoso reconhecer que o Estado não cumpre com todas as suas obrigações assistenciais ao indivíduo, mas isso não quer dizer que tenha que ser responsabilizado por atos praticados por livre arbítrio dos agentes, não sendo a pobreza fator determinante para o cometimento de crimes. (...)*”⁽¹⁴⁾

Da mesma forma, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

“(...) III. A teoria da *co-culpabilidade*, invocada pelo impetrante, no lugar de explicitar a responsabilidade moral, a reprovação da conduta ilícita e o louvor à honestidade, fornece uma justificativa àqueles que apresentam inclinação para a vida delituosa, estimulando-os a afastar da consciência, mesmo que em parte, a culpa por seus atos. IV. Não haveria como o juiz singular combater por argumentos jurídicos a tese lançada, primeiramente porque o atendimento do pleito é intrinsecamente inviável, e, por outro lado, porque para o exame e afastamento da proposição, o magistrado teria que demonstrar, na sentença, que o paciente não foi nocivamente contaminado por quaisquer influências externas ao decidir praticar seu delito. VI. Ordem parcialmente conhecida e denegada”⁽¹⁵⁾

III. Conclusão

Apesar da complexidade do problema social com o qual deparamos, predomina entre nós a tendência em se responsabilizar o agente criminoso sem que se considerem as causas externas do delito, optando-se por punições cada vez mais severas, o que justifica, em parte, a significativa expansão do direito penal moderno. Essa expansão é, em grande parte, consequência da propagação de ideais de populismo penal por parte da grande mídia. Não percebemos, conquanto seja evidente, que o problema da criminalidade de massas é predominantemente social e não criminal e, em decorrência disso, a política do *Welfare State* passa a dar lugar a um Estado de repressão e de substituição de instituições assistenciais por instituições penais e políticas de Lei e Ordem.⁽¹⁶⁾

Nesse cenário, a atuação do Estado, satisfazendo o desejo geral da sociedade, manifesta-se de uma maneira peculiar. Como se tratássemos uma pessoa acometida por catarata utilizando-nos de aspirina; ou, se combatêssemos um câncer com aplicação de vacina contra a gripe. Da mesma forma ocorre ao enfrentarmos um problema de política social com medidas de política criminal: contra o déficit educacional, novos tipos penais; contra a violação ao direito à saúde, maior severidade das penas; contra a seletividade punitiva do Estado, supressão de garantias penais e processuais-penais; contra a exclusão social, mais exclusão social. Levando-se em conta, pois, que se deve estabelecer “*(...) uma pena em função não do crime, mas de sua possível repetição*”,⁽¹⁷⁾ torna-se evidente a inutilidade de medidas como a privação da liberdade no combate aos “crimes de miseráveis”. Afinal, todos nós sabemos que sanção penal não sacia fome.

Notas:

- (1) NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 174.
- (2) AUGUSTO DE SÁ, Alvino. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 27.
- (3) Idem, *ibidem*.
- (4) BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 9.
- (5) ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2009. p. 49.
- (6) AUGUSTO DE SÁ, Alvino. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 31.
- (7) IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 2. ed. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 41.
- (8) QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *O caso dos exploradores de cavernas de Lon L. Fuller à luz do ordenamento penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 25-26.
- (9) MARAT, Jean Paul. *Disegno di legislazione criminale*. Trad. Marco Antonio Aimo. Milão; Varese: Istituto Editoriale Cisalpino, 1971. p. 72.
- (10) ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2011. p. 93.
- (11) FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 91.
- (12) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 55.
- (13) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 525.
- (14) TJRS, Ap 70051355337. Apelante: Sandro de Almeida Cardoso. Apelado: Ministério Público. Rel. Des. Francesco Conti. Porto Alegre, 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70051355337&num_processo=70051355337&codEmenta=5082806&temIntTeor=true>. Acesso em: 29 abr. 2013.
- (15) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 172.505/MG*. Impetrante Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 31.05.2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1065116&sReg=201000870687&sData=20110701&formato=PDF>. Acesso em: 29 abr. 2013.
- (16) CALLEGARI, André Luiz; WERMUTH, Miquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.
- (17) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. 39. ed. Petrópolis, Petrópolis: Vozes, 2011. p. 89.

Raul Marques Linhares

Bacharelando em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS.

Bolsista FAPERGS de iniciação científica.

Membro do grupo de pesquisa

“Sistemas Punitivos” – UNISINOS.

Descasos

Os cachorros da polícia também gostam de mandioca

Alexandra Lebelson Szafir

Foram as piores férias da vida de Benjamin, jovem nigeriano recém-formado em geologia. Não as férias propriamente ditas: é que, vindo de Trinidad-Tobago, na volta a Lagos, sua cidade natal, ele teve a “sorte” de fazer uma conexão no aeroporto de Guarulhos. E daí, sua viagem se tornou um pesadelo.

No dia 24 de maio de 2013, os cães da polícia federal farejaram o que seria cocaína na sua bagagem. Testes preliminares feitos pelos policiais também acusaram a presença de cocaína. Como não havia droga em espécie na sua mala, os policiais concluíram que as roupas de Benjamin estavam engomadas com o entorpecente. De nada adiantou ele dizer que as roupas tinham sido lavadas e engomadas em Lagos e que, em seu País, é comum o uso de uma substância derivada da mandioca para esse fim – o que explica a presença de substância orgânica em suas roupas. Foi preso em flagrante e sua prisão convertida para preventiva.

Embora Benjamin estivesse preso, não houve muita pressa em oferecer a denúncia: ela é datada de 5 de julho.

Também não houve pressa na elaboração do laudo definitivo: não obstante os esforços do valoroso advogado Marco Antonio Souza, que defendeu Benjamin com a indignação dos verdadeiros advogados criminais, *singelos QUATRO MESES se passaram desde a prisão de Benjamin até chegarem à conclusão de que não havia qualquer*

droga na sua mala!

O juiz, em sua sentença, afirma já ter presenciado, em visita institucional à delegacia do aeroporto, “*falsos positivos tanto no cão quanto no teste do traço*”.

Sendo assim, dada a suprema importância do laudo definitivo, a pergunta é inevitável: Como se justifica que um réu tenha que aguardar preso por QUATRO meses por esse laudo?

A verdade é que Benjamin foi tratado de forma acintosa pelo Estado brasileiro, que, *no mínimo*, lhe devia um pedido de desculpas. No entanto, foi solto TRÊS dias após a expedição do alvará de soltura, não por falha do Juízo ou dos serventuários, mas por misteriosas – e obviamente ilegais, já que o prazo para cumprir um alvará, como se sabe, é de 24 horas – “questões internas” da Polícia Federal.

A boa notícia, além de os cães da Polícia Federal gostarem de mandioca, é que a instituição não perdeu o senso de humor: notificaram Benjamin a deixar o País em oito dias e o multaram em R\$ 827,00 pela “estada irregular”...

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

ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA EDITAL DE CONVOCAÇÃO

Nos termos do inciso I do artigo 15, bem como do artigo 16, ambos do Estatuto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, ficam convocados os associados a reunirem-se em Assembleia Geral Ordinária a fim de deliberarem sobre os itens da pauta abaixo. A referida Assembleia terá lugar no dia 12 de dezembro de 2013, às 10h, em primeira convocação, se houver quórum estatutário, ou às 10h30, em segunda convocação, com qualquer número de associados presentes na sede social do Instituto, estabelecida na Rua Onze de Agosto, 52 – 2º andar –

Centro – São Paulo/SP, a fim de deliberarem sobre a seguinte Ordem do dia:

- Aprovação de contas referentes ao ano fiscal de 2013;
- Apresentação e aprovação de relatório de atividades desenvolvidas no ano de 2013;
- Apresentação de propostas de atividades a serem desenvolvidas em 2014;
- Deliberação sobre a mensalidade para 2014;
- Deliberação sobre outros assuntos de interesse do Instituto.


Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Presidente

BIBLIOTECA IBCCRIM

INFORMAÇÃO ALÉM DOS LIVROS

Dispondo de um moderno e atualizado acervo, a biblioteca conta com, aproximadamente, **6.000 livros**, **7.000 periódicos** nacionais e internacionais, **42.000 artigos** de revistas e capítulos de livros, além de mais de **3.000 vídeos** de cursos, eventos e seminários realizados pelo IBCCRIM.

A Biblioteca é um benefício do IBCCRIM para você, associado, e fica à disposição para consulta presencial e a distância.*

Aproveite!



www.ibccrim.org.br

*A Biblioteca do IBCCRIM segue a Lei nº 9.610/98 de Direitos Autorais, que limita as cópias a pequenos trechos (equivalentes a 15% do conteúdo), conforme procedimento de autorização da Associação Brasileira de Direitos Reprográficos. Esse procedimento é utilizado para todos os associados, sejam de São Paulo ou de qualquer lugar do Brasil. Para mais informações, consulte o regulamento da Biblioteca no site www.ibccrim.org.br/biblioteca.