

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL

UM NOVO CÓDIGO PENAL

O que é um Código? Alguém dirá que é uma coleção sistemática de sinais, números, ou palavras destinados a possibilitar brevidade de expressão, identidade de pensamentos ou economia na comunicação entre as pessoas. Quem disser isso não está errado. Mas será que tal aceção explica o que é um Código Penal? A resposta é sim e não. Embora utilizemos a expressão *Código* para designar quaisquer agrupamentos legais (Código de Hammurabi, Código de Manu e tantos outros da Antiguidade), podemos pensar em *Código* somente a partir do esforço científico iluminista. É a partir desse momento que se pensa em desdobrar o conjunto de leis penais em duas partes. Na primeira, seguem os modelos explicativos de funcionamento daquele instrumental sistemático. É a Parte Geral. Na segunda, estar-se-á diante das normas proibitivas acompanhadas das respectivas sanções. É a Parte Especial. A criação de tal dicotomia nasce com o esforço racionalista da burguesia. Não por outra razão, os primeiros Códigos Penais surgem no século XVIII, sendo o primeiro deles o Código Penal da Baviera, de 1751.

O esforço racional-codificador da Ditadura Vargas envolveu a criação de um sistema penal. Datam do mesmo período um Código Penal, outro Processual Penal e a Lei das Contravenções Penais. Esse microsistema, criado nos anos 40, traduz uma forma de pensar punitiva, que marcaria as décadas subsequentes com um cariz autoritário de vertente patrimonialista. Não obstante a reforma da Parte Geral de 1984 (Lei 7.209/1984), acompanhada da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), ter trazido sensíveis modificações nesse sistema, as sucessivas reformas pontuais, as modificações do Código de Processo Penal e a própria transformação da sociedade, acabaram por criar uma demanda de modificação.

Um Código Penal, qualquer que seja, contempla algumas funções. O primeiro papel a cumprir é assegurar a sistematização racional da Lei Penal. Trata-se de um *papel garantidor*, em que se assegura clareza no acesso às leis, bem como a segurança para os operadores do Direito, assim como aos destinatários da norma. A segunda função é *compiladora*. Trata-se

de sintetizar todas as leis vigentes em um único corpo, evitando-se conflitos existentes em face do grande acúmulo de leis esparsas editadas ao longo dos anos. A terceira função a se cumprir é a *ordenadora*. Com tal ideia, tem-se em mente

Por fim,
não se pode
desprezar a função
transformadora, pois
um Código Penal
cristaliza uma
tendência e projeta
para o futuro um
descortinar de ideias
novas. Falar
em alternativas
penais, por exemplo,
é já inseri-las
como pena principal no
preceito secundário dos
tipos proibitivos (...)

a necessidade de uma melhor ponderação dos bens jurídicos em conflito em face do desvalor das condutas. Não é razoável, por exemplo, que o crime de redução a condição análoga à de escravo (art. 149 do CP) tenha uma pena tão diminuta se comparada à extorsão mediante sequestro (art. 159), não obstante identidades entre os delitos. Também não é crível que delitos de perigo possam ter penas mais graves que crimes de dano da mesma natureza. Ainda pior: não se pode admitir, como ocorre hoje, que crimes culposos tenham penas superiores a idênticos crimes dolosos (vide art. 129, *caput*, do CP em cotejo com o art. 304 da Lei 9.503/1997). Também é fundamental que um projetado Código Penal cumpra a função

orientadora, propiciando melhor equacionamento dogmático em face de novas demandas da sociedade de risco. Crimes sexuais devem fazer parte dos crimes contra a pessoa, porquanto o sexo faz parte do ser humano. Por fim, não se pode desprezar a função *transformadora*, pois um Código Penal cristaliza uma tendência e projeta para o futuro um descortinar de ideias novas. Falar em alternativas penais, por exemplo, é já inseri-las como pena principal no preceito secundário dos tipos proibitivos, não permitindo que ela só se aplique como substitutiva de uma pena prisional, cujos inconvenientes são sobejamente conhecidos. É também modernizar dispositivos autorizadores do aborto legal, permitindo, no mínimo, a prática em casos de anencefalia.

Qualquer que seja a condução dada pela Comissão para elaboração de um novo Código Penal, é fundamental que se ouçam a comunidade jurídica, as universidades, as carreiras e instituições do Direito, para que o resultado do trabalho não seja o mesmo das que lhe precederam: o esquecimento no fundo de uma gaveta quando da mudança do governo, ou do Presidente do Senado que a convocou.

EDITORIAL

- | | |
|--|------|
| UM NOVO CÓDIGO PENAL | 1 |
| CÁRCERE FOI UM BOM NEGÓCIO...
Sérgio Salomão Shecaira e
Naiara Vilardi | 3 |
| FIANÇA – ANTIGO E NOVO SE
MESCLAM DE FORMA EQUIVOCADA E
COMPROMETEDORA DA REFORMA
Amalia Gomes..... | 4 |
| PRAZO RAZOÁVEL PARA
RESPONDER À ACUSAÇÃO
Rafael Braude Canterji e
Roberta Werlang Coelho..... | 6 |
| DELAÇÃO PREMIADA –
MORAL, LEGITIMIDADE,
ARRANJO INSTITUCIONAL
Beatriz Corrêa Camargo..... | 7 |
| O PROCESSO
José Carlos Abissamra Filho..... | 9 |
| DOS CRIMES RELATIVOS À
SIMULAÇÃO DE PORNOGRAFIA
INFANTO-JUVENIL: PATERNALISMO
MORALISTA OU TUTELA PENAL
DA DIGNIDADE SEXUAL DE
CRIANÇAS E ADOLESCENTES?
Pedro Paulo da Cunha Ferreira e
Lara Maria Tortola Flores Vieira..... | 11 |
| CARL SCHMITT: ELE MESMO UM
INIMIGO DAS IDEIAS PENAIS?
Eduardo Saad-Diniz..... | 12 |
| CRIME E EMOÇÕES NA
CRIMINOLOGIA CULTURAL
Alvaro Filipe Oxley da Rocha..... | 13 |
| O PRINCÍPIO DO “PECUNIA
NON OLET” E SEUS REFLEXOS
NO DIREITO PENAL
Moacyr Petrocelli de Ávila Ribeiro..... | 14 |
| A EXPLORAÇÃO DO
DOMÍNIO SÁDICO POR
UMA NOVA CRIMINOLOGIA
Fábio Ataíde..... | 16 |
| INFANTICÍDIO INDÍGENA
Carlos Henrique Borlido Haddad..... | 17 |
| REGRAS DE BANGKOK –
ESTÁ NA HORA DE
FAZÊ-LAS VALER!
Heidi Ann Cerneka..... | 18 |
| DESCASOS
UM OÁSIS NO DESERTO
Alexandra Lebelson Szafir..... | 19 |
| CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA | |
| O DIREITO POR QUEM O FAZ..... | 1537 |
| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA | |
| • Supremo Tribunal Federal..... | 1540 |
| • Superior Tribunal de Justiça..... | 1541 |
| • Tribunal Regional Federal..... | 1543 |
| • Tribunal de Justiça..... | 1544 |

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Faça parte
desse encontro!

18^o Seminário Internacional

28 a 31 de agosto de 2012 em São Paulo



PATROCINADORES

Carla Rahal Benedetti Sociedade de Advogados • Castelo Branco Advogados Associados • CAZ Advogados • Damiani I Euro Filho - Advogados Associados • Daniel Achutti & Fernanda Osorio Advocacia Criminal • Décio Freire & Associados • Dias e Carvalho Filho Advogados • Faragone Advogados Associados • Gamil Föppel Advogados Associados • Joyce Roysen Advogados • Luchione Advogados • Malheiros Filho, Camargo Lima e Rahal Advogados • Marcelo Leonardo Advogados Associados • Márcio Thomaz Bastos Advogados • Massud e Sarcedo Advogados Associados • Moraes, Donnangelo, Toshiyuki e Gonçalves Advogados Associados • Moraes Pitombo Advogados • Nelio Machado, Maronna, Stein e Mendes Advogados • Oliveira Campos & Giori Advogados • Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados • Sobbé & Suliani Advogados Associados • Tofic e Fingermann Advogados

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Informações - www.ibccrim.org.br

Antecipe-se.

Saiba como ser nosso parceiro e patrocinador no 18º Seminário Internacional de Ciências Criminais.
Entre em contato com a Seção de Comunicação: (11) 3111-1040 - www.ibccrim.org.br .

CÁRCERE FOI UM BOM NEGÓCIO...

Sérgio Salomão Shecaira e Naiara Vilardi

O crescimento dramático da população carcerária americana já é um fenômeno de todos conhecidos. O incremento populacional foi ascendente nos últimos 40 anos, até 2008. The Pew Center on the States, uma organização não governamental americana, revelou em suas pesquisas que um em cada 100 adultos dos EUA está atrás das grades. Além disso, um em cada 31 adultos estava sob o sistema de controle punitivo (presos, em *probation* ou *parole*). A Califórnia gastava em 1980 3% de seu orçamento com prisões. Em 2011 gastou 11%. Isso implica reduzir gastos com saúde, educação, não criar novos empregos etc.⁽¹⁾ Dos 2.500.000 presos americanos, 1.600.000 cometeram crimes relacionados a drogas.⁽²⁾ Dos internos restantes, a maioria cometeu crimes patrimoniais. A guerra contra as drogas e o sistema conhecido como *three strikes legislation*⁽³⁾ fizeram da nação que se arroga o direito de chamar o “país da liberdade” o lugar em que mais se prende no mundo!

É verdade que os índices americanos de encarceramento não são homogêneos. Louisiana, Texas e Mississippi têm índices de encarceramento superiores a 600 internos por 100.000 habitantes. Maine, Minnesota e Rhode Island, são os estados com menor índice, não superando 200 presos por 100.000 habitantes.⁽⁴⁾ A despeito das diferenças entre os estados, fato que também ocorre em nosso país por razões diversificadas, sabe-se que a escalada punitiva se inicia nos primórdios dos anos 70, com sucessivas leis que agravaram mecanismos de persecução penal. Embalados pelo *Movimento da Lei e da Ordem* e com uma ideologia de intolerância até com os pequenos delitos – *Movimento de Tolerância Zero* – os americanos viram seu país se tornar o lugar mais punitivista do mundo.

Se não bastasse isso, punir é um bom negócio. Com o incentivo de uma mídia que divulga sempre as façanhas tecnológicas da polícia e com a verdadeira tara por novas técnicas mirabolantes que permitem colocar as pessoas na cadeia, fiscalizá-las à distância com tornazeleiras eletrônicas ou outros aparatos, os Estados Unidos transformaram-se em um verdadeiro Gulag. Milhões estão presas ou controladas pelo Estado. Empresas lucram com suas prisões privadas e todos os mecanismos tecnológicos possíveis foram pensados, de portões eletrônicos a controle dos cárceres por satélite; de células fotoelétricas a prisões ultramodernas que prescindem de agentes penitenciários. *A indústria do controle do crime*, segundo nos falava Nils Christie, desde início dos anos 90,⁽⁵⁾ é um mecanismo extremamente lucrativo de ganhar dinheiro com o sofrimento alheio.

Prisões efetuadas sem devido processo legal, com pressões condenatórias de todos os lados, foram coroadas pelo USA Patriot Act de 2001. Entre as medidas impostas pela lei, estão a invasão de lares, interceptação telefônica de pessoas em larga escala, interrogatórios e torturas de possíveis suspeitos de espionagem ou terrorismo, sem direito à defesa. As liberdades civis com essa lei foram sub-

traídas dos cidadãos. Muitos historiadores relacionam essa lei como um passo legal para a instituição de lei marcial na eventualidade de qualquer evento de terrorismo, seja ele falso ou verdadeiro.

Pesquisas recentes, no entanto, mostram que pela primeira vez em cerca de 40 anos, a partir de 2008, o número de prisioneiros em cárceres americanos declinou. Diversos estados decretaram reformas parciais, tentando evitar a prisão de pessoas que praticaram crimes de menor potencial ofensivo, fortalecendo mecanismos de supervisão por meio da comunidade, acelerando a libertação de internos com poucos riscos sociais, ou mesmo aqueles que cometeram um crime grave mas que não terão uma reincidência provável, como crimes passionais.

As mudanças de gestão que os estados americanos foram obrigados a fazer após a crise de 2008 criaram uma restrição fiscal sem precedentes na história recente daquele país.⁽⁶⁾ Assim como empresas paralisaram a produção, despediram empregados e começaram a restringir a margem de atuação de seus executivos, proibindo deslocamentos em jatinhos, e a esbórnica de gastos desnecessários, os estados foram obrigados a baixar o custo – crescentando por quatro décadas – de suas prisões.

O tamanho da população carcerária é determinado pelo número de admissões e pela duração das penas dos condenados. Por isso, as políticas públicas passaram a ser de modificação das sentenças e libertações antecipadas. Facilidades fiscais foram oferecidas às empresas encarceradoras – prisões privadas – para redução carcerária e prisões inteiras foram fechadas para economizar dinheiro dos contribuintes. Americanos estão consumindo menos carros, menos geladeiras, menos computadores, menos roupas e, agora, *menos presos*. A busca pela redução da reincidência não se tem feito mais com o cárcere em larga escala, mas com controles comunitários que custam uma fração muito menor do que o custo do aprisionamento.

O Estado do Kentucky, em 2011, revisou sentenças por crimes não violentos estabelecendo uma distinção mais precisa entre crimes mais graves e crimes mais leves, eliminando, entre outros, a prisão por posse de drogas. Alabama, Califórnia e Washington aumentaram as penas pecuniárias de crimes patrimoniais, que não eram modificadas fazia décadas, com diminuição da privação da liberdade. O punitivista Estado do Mississippi reduziu de 85 para 25% os casos em que penas privativas de liberdade deveriam ser aplicadas. Esta mudança de política reduziu o cumprimento das penas para muitas pessoas, acabando por produzir consequências na própria diminuição das verbas destinadas às penitenciárias.

Outros estados criaram uma moeda de troca que permite ao interno participar de programas não institucionais para reduzir a reincidência, em contrapartida à redução do período de encarceramento. São soltos antes do termo final da pena e ficam sob acompanhamento prestando serviços comunitários, p. ex., pelo mesmo período em que



(FUNDADO EM 14.10.92)
DIRETORIA DA GESTÃO 2011/2012

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Marta Saad

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Ivan Martins Motta

1ª SECRETÁRIA: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

2ª SECRETÁRIA: Helena Regina Lobo da Costa

1º TESOUREIRO: Cristiano Avila Maronna

2º TESOUREIRO: Paulo Sérgio de Oliveira

ASSESSOR DA PRESIDÊNCIA

Rafael Lira

CONSELHO CONSULTIVO:

Alberto Silva Franco

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Sérgio Mazina Martins

Sérgio Salomão Shecaira

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS:

BIBLIOTECA: Ivan Luis Marques da Silva

BOLETIM: Fernanda Regina Vilarés

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Carlos Vico Mañas

CURSOS: Fábio Tofic Simantob

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo

Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Fernanda Carolina de Araújo

INTERNET: João Paulo Martinelli

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Eleonora Nacif

MONOGRAFIAS: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira

Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Fernanda Emy Matsuda

PÓS-GRADUAÇÃO: Davi de Paiva Costa Tangerino

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marina Pinhão Coelho

Araújo

REPRESENTANTE DO IBCCRIM JUNTO AO OLAPOC:

Renata Flores Tibyriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Helena Regina Lobo da Costa

PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

AMICUS CURIAE: Heloisa Estellita

CÓDIGO PENAL: Renato de Mello Jorge Silveira

CORRETORA DOS TRABALHOS DE CONCLUSÃO

DO VI CURSO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E

EUROPEU: Heloisa Estellita

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Ana Lúcia Menezes Vieira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Heloisa Estellita

DOCTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL: Carlos

Vico Mañas

HISTÓRIA: Rafael Mafei Rabello Queiroz

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de

Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de

Vitto

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: Maurício

Zanoide de Moraes

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de

Melo Ribeiro

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

16º CONCURSO DE MONOGRAFIA DE CIÊNCIAS CRIMI-

NAIS: Diogo Rudge Malan

18º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Alberto Pires

Mendes

estariam recolhidos ao cárcere. Caso cometam uma falta, retornam à prisão. Ao menos 20 estados criaram mecanismos moderadores de extensão da pena em seus territórios. Enfim, o Direito Penal máximo está sendo substituído por um Direito Penal mínimo decorrente do *dinheiro real mínimo*. Claro que necessitamos de uma crise muito mais intensa e prolongada nos EUA para que um índice tolerável de violência estatal possa ser admitido em uma sociedade que se diga civilizada.

No presente momento americano de crise fiscal, os estados estão sendo forçados a fazer mais, com menos. Se as pensões pagas aos idosos são caras, há cortes previdenciários. Se a Nasa custa muito, projetos são adiados. Programas militares de alto custo hão de ser postergados. Incremento de investimentos em pesquisa com educação passa a ser de interesse exclusivo de universidades privadas. E, por mais paradoxal que possa parecer, empresas privadas que ganham com o trabalho carcerário de internos, vão acabar perdendo alguns de seus “operários”. Se é verdade que em termos de Estados Unidos políticas humanitárias são verdadeiras contradições em

termos, não é menos verdade que a crise de 2008, em meio a milhões de desempregados, com o aumento da miséria social, produziu algo curioso: há menos encarcerados que antes.⁽⁷⁾

Que ao menos na área penitenciária, a crise por lá continue a existir. É o desejo do humanismo.

NOTAS

- (1) BURGIERMAN, Denis Russo. *O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas*. São Paulo: Leya, 2011. p. 44.
- (2) No Brasil os números mostram que o endurecimento na punição de certos crimes levou mais gente às prisões. O exemplo mais claro é o do tráfico de drogas. Enquanto em 2005 havia 31 mil presos por tráfico, nacional e internacional, em 2010, o número era de 100 mil presos. Na comparação com os 91 mil presos de 2009, a alta de 2010 foi de mais de 10%. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-23/numero-presos-cresce-indice-criminalidade-brasil>>. Acesso em: fev. 2012.
- (3) Mecanismo legal que leva o reincidente em três delitos à pena de morte ou à prisão perpétua.
- (4) BARKER, Vanessa. *The politics of imprisonment: how the democratic process shapes the way America punishes offenders*. New York: Oxford University

Press, 2009. p. 15.

- (5) A edição brasileira é de 1998, pela Ed. Forense.
- (6) Disponível em: <<http://www.vera.org/download?file=3473/the-price-of-prisons-updated.pdf>>. Acesso em: fev. 2012.
- (7) A despeito de o Brasil não ter enfrentado uma crise financeira tão severa, e o seu índice de homicídios ter decrescido nos últimos anos (era de 28,9/100.000 habitantes em 2003 e hoje está em 26/100.000), segundo dados disponíveis em <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-23/numero-presos-cresce-indice-criminalidade-brasil>>, o incremento carcerário no Brasil é contínuo. Passou de 232,7 presos por 100.000 habitantes em 2000 para 496,2 presos por 100.000 habitantes em 2010, tornando-se o país a ter o maior crescimento carcerário de todo o globo. Além da guerra interna às drogas, temos uma incessante guerra a quaisquer crimes, sejam violentos ou não. E isso é resultado da influência americana sobre nossa cultura punitiva. Resta saber até onde vai chegar o índice de encarceramento brasileiro, e quão devastadora deverá ser a crise para que nosso país repense sua própria política criminal. Acesso em: fev. 2012.

Sérgio Salomão Shecaira

Ex-presidente do IBCCRIM.

Professor Titular da USP.

Naiara Vilardi

Estudante de Direito.

FIANÇA – ANTIGO E NOVO SE MESCLAM DE FORMA EQUIVOCADA E COMPROMETEDORA DA REFORMA

Amália Gomes

O art. 319 do CPP, de acordo com a nova redação determinada pela Lei 12.403/2011, enumera as espécies de medidas cautelares que aplicadas isolada ou cumulativamente, e observando-se os critérios de necessidade e adequação estabelecidos pelo legislador nos incs. I e II do art. 282, embora restrinjam direitos do investigado ou processado, evitam a privação total de sua liberdade de locomoção.

Entre elas, e previsto no inc. VIII do referido artigo, encontra-se o velho instituto da fiança, preservado em sua essência, mas valorizado pela reformulação de seus limites e pela ampliação da competência da autoridade policial para sua fixação. O considerável aumento dos valores da fiança (incs. I e II do art. 325), tornando-a significativa independentemente da situação econômica do investigado ou processado, tornou mais eficaz o instituto como instrumento de vinculação do afofado aos procedimentos investigatório e processual. Por sua vez, estendendo a competência da autoridade policial, todos os crimes para os quais a lei prevê pena privativa de liberdade máxima não superior a 4 anos (art. 322) e sendo a fiança cabível, ganha em celeridade sua fixação e consequentemente a liberação do afofado.

Embora com a nova lei tenha a fiança adquirido a credibilidade perdida, hoje apresenta apenas uma das medidas de natureza cautelar à disposição do juiz para evitar a

privação da liberdade, quando ausentes os fundamentos que ensejam a prisão preventiva, previstos no art. 312 do CPP. Ocorrendo a prisão em flagrante, e sendo esta legal, deverá o juiz, ausentes os fundamentos da preventiva, conceder a liberdade provisória pura e simplesmente nos casos em que a lei assim autoriza, ou condicionar a liberdade ao cumprimento de uma das medidas cautelares previstas no art. 319, entre elas a fiança, avaliando na escolha a necessidade e adequação ao caso concreto.

O novo rol de medidas cautelares transformou a prisão preventiva em solução última diante da fundamentada ineficácia e inadequação de medidas mais brandas, e também colocou a fiança no seu devido lugar, ou seja, como uma das formas de obtenção da liberdade provisória quando a lei não a admite de maneira desvinculada. Interessante observar que o próprio legislador não conseguiu expressar a profundidade da mudança, pois no art. 310, ao enumerar as opções do juiz na análise do auto de prisão em flagrante, embora no inc. II refira-se à aplicação das medidas cautelares, no inc. III refere-se à concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, como se a fiança não fosse uma medida cautelar.

De acordo com o inc. VIII do art. 319 a fiança, como medida cautelar substitutiva da prisão, deve ser fixada, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos processuais, evitar a obstrução do seu

andamento ou, em caso de resistência injustificada, a ordem judicial. Portanto não pode a fiança, pela praticidade de sua aplicação, ser a medida cautelar eleita para casos em que outras se mostrem mais eficazes e adequadas. Tampouco pode ser fixada em valores que fujam à razoabilidade e tornem impossível a prestação.

Naturalmente, as modificações legislativas sempre provocam impacto e, para alguns, assimilar as mudanças não é tarefa fácil. Muitos aplicadores do Direito se mostram refratários às mudanças mas as consequências dessa atitude se fazem sentir, de forma mais desastrosa, quando são os juízes que permanecem apegados ao antigo, insistindo em aplicar disposições revogadas, ou enxergando as mudanças com os olhos do passado e interpretando-as sob essa perigosa ótica.

As novas medidas cautelares de natureza pessoal estão assentadas no princípio constitucional da presunção da inocência, representam opções de liberdade antes da formação da culpa possibilitando expressiva diminuição do número de presos provisórios. A sistemática opção pela fiança, independentemente de ser a medida mais adequada no caso concreto, prejudica a implementação das demais comprometendo os efeitos benéficos da reforma do importante capítulo da prisão e liberdade. Por sua vez, a fixação da fiança em valores excessivos tornando impossível sua prestação é uma das formas de rejeição às mudanças,

constitui via indireta de negação da liberdade.

Em uma rápida análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, podemos constatar grande quantidade de acórdãos proferidos em julgamento de *habeas corpus*, impetrados para reconhecimento de constrangimento ilegal derivado da manutenção da custódia do paciente pelo não recolhimento da fiança. São pedidos de liberdade provisória sem fiança, ou de substituição da fiança por outra medida cautelar adequada à situação concreta porque o valor fixado é totalmente incompatível com a situação econômica do paciente, e é em virtude da impossibilidade de prestar a caução que permanece preso. Merecedor da liberdade provisória, pois ausentes os fundamentos da preventiva, é negada ao paciente porque não pode arcar com o valor da fiança fixado pelo juiz de primeiro grau.

Em sua maioria são *habeas corpus* impetrados por defensores públicos no interesse de hipossuficientes que se encontram presos pela impossibilidade econômica de recolher a fiança, fixada como condição de sua liberdade.

Importante citar alguns casos que considero significativos tanto da opção pela fiança por razões de praticidade e habitualidade quanto da falta de razoabilidade na fixação de seus valores, e que em última instância revelam o descumprimento da antiga disposição do art. 350 do CPP, e a desconsideração da reforma e do leque de opções alternativas de cautelariedade.

– *Habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública no TJSP alegando constrangimento ilegal na manutenção da prisão de acusado de furto simples da quantia de R\$ 1.900,00 para quem foi fixada fiança no valor de 10 salários mínimos. Foi deferida a liberdade provisória do paciente com fundamento no art. 350 do CPP e impondo-se as condições previstas nos arts. 327 e 328. De acordo com o relator o valor não se justifica e o juiz não fundamentou a não aplicação de outra medida cautelar admissível à hipótese (HC 0230568-35.2011.8.26.0000/SP, rel. Luís Carlos de Souza Lourenço, j. 15.12.2011).

– *Habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública no TJSP alegando constrangimento ilegal na manutenção da prisão do acusado de tentativa de roubo para quem foi fixada fiança no valor de 20 salários mínimos, embora comprovada sua situação de desempregado. Foi deferida a liberdade provisória do paciente com fundamento no art. 350 do CPP e impondo-se além das obrigações constantes dos arts. 327 e 328, a medida cautelar prevista no art. 319, I, do mesmo diploma (HC 0268541-24.2011.8.26.0000/Santos, rel. Hermann Herschander, j. 15.12.2011).

– *Habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública no TJSP alegando constrangimento ilegal na manutenção da prisão do acusado de furto de uma peça de carne no valor de R\$ 40,00 para quem foi fixada fiança no valor de R\$ 545,00, embora tenha sido recuperado o bem furtado e tratar-se de morador de rua. Foi deferida a liberdade provisória com fundamento no art. 350 do CPP e aplicadas as medidas cautelares previstas

nos incs. I e IV do art. 319 do mesmo diploma legal (HC 0226604-34.2011.8.26.0000/SP, rel. Almeida Toledo, j. 13.12.2011).

– *Habeas corpus* impetrado por defensor constituído no TJSP alegando constrangimento ilegal na manutenção da prisão dos acusados, pois fixada, para cada um, fiança no valor de R\$ 5.450,00, sem fundamentação. Foi deferida a liberdade provisória reduzindo-se a fiança para um salário mínimo para cada paciente. Reconheceu o relator que o valor anteriormente fixado era incompatível com a situação econômica e social dos pacientes. Também consignou que a fixação do valor da fiança superior ao mínimo estabelecido em lei requer adequada motivação, de acordo com o art. 93, IX, da CF, o que não se verificou (HC 0232781-14.2011.8.26.0000/SP, Bernardo do Campo, rel. Roberto Mortari, j. 24.11.2011).⁽¹⁾

A jurisprudência citada representa uma pequena amostra de quantidade muito grande de *habeas corpus* que vêm congestionando os tribunais, na contramão da eficiência e celeridade que as reformas da legislação processual têm buscado. A fiança sempre representou, quando cabível, uma forma de obtenção imediata da liberdade do preso. A fixação em valores incompatíveis apenas vem procrastinar essa liberdade, fazendo-a depender de outra instância do Poder Judiciário, onde vêm sendo reconhecidos os excessos e acatados os pedidos de redução ou substituição por outra medida cautelar.

O investigado ou acusado pobre, de acordo com o antigo art. 350, cuja redação, salvo engano, ainda é original, permite que o juiz, tratando-se de situação de pobreza, nos termos do § 1.º do art. 32 do CPP, conceda a liberdade provisória sujeitando o beneficiado às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 do mesmo diploma. Os julgados citados ilustram a fixação de fiança para aqueles cuja miserabilidade é flagrante, justamente agora quando dispõe o juiz de outras medidas cautelares capazes de se adaptar ao caso concreto, como reconhecem e aplicam os acórdãos citados.

Dessas considerações é forçoso reconhecer que o espírito da reforma não foi plenamente assimilado, que ainda se reluta na aplicação das novas medidas cautelares, que permanece a cultura da prisão, e que a tão desejada atualização dos valores da fiança vem sendo utilizada como meio de impedir a liberdade, alcançando inclusive o preso comprovadamente pobre.

NOTAS

- (1) Outros julgados no mesmo sentido: HC 0196855-69.2011.8.26.0000/SP, rel. Almeida Sampaio, j. 07.11.2011, HC 0229966-44.2011.8.26.0000/SP, Bernardo do Campo, rel. Marco Antonio Cogan, j. 27.10.2011, HC 0249382-95.2011.8.26.0000, rel. Borges Pereira, j. 13.12.2011.

Amalia Gomes

Doutora em Processo Penal pela Universidade de São Paulo.
Membro do ASF – Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal.
Professora e advogada.

COORDENADORIAS REGIONAIS

- 1.ª REGIÃO (Acre, Amazonas e Roraima)
Luís Carlos Valois
2.ª REGIÃO (Maranhão e Piauí)
Roberto Carvalho Veloso
3.ª REGIÃO (Rio Grande do Norte e Paraíba)
Oswaldo Trigueiro Filho
4.ª REGIÃO (Distrito Federal, Goiás e Tocantins)
Mohamad Ale Hasan Mahmood
5.ª REGIÃO (Mato Grosso e Rondônia)
Francisco Afonso Jawsnicker
6.ª REGIÃO (Rio Grande do Sul e Santa Catarina)
Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS

- 1.ª ESTADUAL (Ceará)
Patrícia de Sá Leitão e Leão
2.ª ESTADUAL (Pernambuco)
André Carneiro Leão
3.ª ESTADUAL (Bahia)
Wellington César Lima e Silva
4.ª ESTADUAL (Minas Gerais)
Guilherme Henrique Souza e Silva
5.ª ESTADUAL (Mato Grosso do Sul)
Marco Aurélio Borges de Paula
6.ª ESTADUAL (São Paulo)
João Daniel Rassi
7.ª ESTADUAL (Paraná)
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
8.ª ESTADUAL (Amapá)
João Guilherme Lages Mendes
9.ª ESTADUAL (Pará)
Marcus Alan de Melo Gomes
10.ª ESTADUAL (Alagoas)
Ivan Luís Marques da Silva
11.ª ESTADUAL (Sergipe)
Daniela Carvalho Almeida da Costa
12.ª ESTADUAL (Espírito Santo)
Clecio Jose Morandi de Assis Lemos
13.ª ESTADUAL (Rio de Janeiro)
Marcio Gaspar Barandier

BOLETIM IBCCRM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilares

COORDENADORES ADJUNTOS:

Bruno Salles Pereira Ribeiro, Caroline Braun, Cecília Tripodi e Renato Stanzola Vieira

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:

Allan Aparecido Gonçalves Pereira, Alberto Alonso Muñoz, Ana Elisa L. Bechara, André Adriano Nascimento Silva, Andrea D'Angelo, Bruna Torres Caldeira Brant, Camila Austregesilo Vargas do Amaral, Cássia Fernanda Pereira, Cássio Rebouças de Moraes, Cecília Tripodi, Daniel Del Cid, Débora Thais de Melo, Diogo H. Duarte de Parra, Eduardo Samoel Fonseca, Eduardo Velloso Roos, Fabiano Yuji Takayanagi, Fernanda Carolina de Araujo, Giancarlo Silkunas Vay, Gustavo Teixeira, Indiária Lima Mota, Isabella Leal Pardini, Jacqueline do Prado Valles, João Henrique Imperia, José Carlos Abissamra Filho, Leopoldo Stefanon Leone Louveira, Luís Fernando Bravo de Barros, Marcela Venturini Diorio, Marcos de Oliveira, Matias Dallacqua Ilig, Mônica Tavares, Nathália Oliveira, Nathália Rocha de Lima, Natásha Tamara Praude Dias, Orlando Corrêa da Paixão, Paulo Alberto Gonzales Godinho, Paulo Victor Freire Ribeiro, Priscila Pamela dos Santos, Renan Macedo Villares Guimarães, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Stuchi Marcos, Roberta Werlang Coelho, Suzane Cristina da Silva, Thais Tanaka, Thaisa Bernhardt Ribeiro.

PRODUÇÃO GRÁFICA:

PMark Design - Tel.: (11) 2215-3596

E-mail: pmarkdesign@pmarkdesign.com.br

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

"O Boletim do IBCCRM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas". "As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto".

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPONDER À ACUSAÇÃO

Rafael Braude Canterji e Roberta Werlang Coelho

No *Boletim* 229 (dez. 2011), **Luiz Guilherme Rorato Decaro** tratou do tema “resposta à acusação” em correta análise sobre a impossibilidade de o Ministério Público manifestar-se sobre a peça defensiva antes de o juiz a apreciar. Além dessa questão, outras relacionadas ao referido momento processual merecem nossa atenção. O que se pretende tratar neste pequeno texto é se o prazo de 10 dias para oferecer a resposta à acusação deve ser aplicado em todos os casos ou é um prazo mínimo, devendo ser ampliado quando a situação concreta exigir para efetivação das garantias constitucionais.

O art. 396 do CPP disciplina que o acusado terá o prazo de 10 dias para apresentar resposta à acusação, por meio da qual deverá, nos termos do que prevê o art. 396-A, do mesmo diploma legal, “*argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas*”. Ocorre que referido dispositivo legal não pode ser interpretado isoladamente, mas dentro do contexto constitucional, de tal modo que é possível – e por vezes necessário – ampliar o prazo.

A flexibilização do prazo deve ser considerada em casos (a) em que foi concedido maior prazo ao Ministério Público para oferecimento de denúncia do que aquele previsto em Lei; (b) com elevado número de acusados; (c) de considerável complexidade; e (d) com grande quantidade de documentos a serem analisados.

A possibilidade de ampliação está fundamentada em previsão constitucional, tanto no texto da própria Carta como no Pacto de São José da Costa Rica, que demonstram, de forma indubitável, a necessidade de concessão de prazo razoável para análise da peça inicial acusatória e apresentação da respectiva resposta; afinal, o art. 5.º, LV, da Constituição

da República, assegura não apenas a ampla defesa, como determina que todos os recursos inerentes ao seu cumprimento devam ser assegurados. Dentre eles, tem-se tempo razoável para apreciação da denúncia e dos documentos que integram o Inquérito Policial. Nesse sentido, o Pacto de São José da Costa Rica prevê, em seu art. 8.º, 2, c, que será concedido ao acusado tempo necessário à preparação de sua defesa.

Além dos argumentos supra, em relação à primeira das hipóteses, necessário que seja respeitado o princípio da paridade de armas. Acrescenta-se que, na maioria das vezes, o Ministério Público tem a possibilidade de acessar os elementos do procedimento investigatório durante sua realização, enquanto a defesa o faz, com frequência, apenas após o oferecimento da denúncia.

Por fim, é direito fundamental, previsto no art. 5.º, LXXVIII, da Constituição da República, a duração razoável do processo. A razoabilidade não pode ser interpretada como celeridade que gere atropelo procedimental, mas o tempo necessário para a tramitação do feito em respeito à Lei. Esse tempo não faz referência apenas à duração de todo o processo, mas também de cada ato. Assim, cada momento processual deve ter duração razoável para atender sua finalidade. No caso em tela, o tempo mínimo para responder à acusação deve ser de 10 dias, mas pode ser ampliado se os elementos do processo assim indicarem. Do contrário, a defesa a ser apresentada será apenas formal e não com

o devido conteúdo, violando, como já dito, garantias constitucionais.

Cabe ressaltar que, se de um lado, a presente proposta evita lesão ao mais sagrado direito dos acusados – o direito de defesa – por outro não há qualquer prejuízo ao bom andamento do processo na concessão do que se propõe. Muito pelo contrário: a não concessão da ampliação do prazo defensivo e de um tratamento igualitário entre as partes, caso concedido por instâncias superiores do Poder Judiciário, acarreta a nulidade de eventual instrução processual, eis que, na origem, houve lesão a direito fundamental.

Dessa forma, possível e necessário flexibilizar o prazo para apresentação de resposta à acusação além dos 10 dias previstos no art. 396-A do CPP em determinados casos e quando

requerido pela defesa. O prazo previsto é o mínimo necessário, mas nem sempre é o suficiente. Por isso, indispensável a análise do magistrado para definição do prazo compatível com o caso concreto, respeitando-se os princípios constitucionais.

Rafael Braude Canterji

Coordenador Regional do IBCCRIM.
Professor de Direito Penal da PUCRS.

Advogado.

Roberta Werlang Coelho

Mestranda e Especialista em Ciências Criminais pela PUCRS.

Coordenadora-adjunta de jurisprudência do IBCCRIM.
Advogada.

PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPONDER À ACUSAÇÃO

PARTICIPE POR ACREDITAR

CURSO COMPLETO DE TEORIA E PRÁTICA DO TRIBUNAL DO JÚRI: ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO, SUMÁRIO DE CULPA, TESES DEFENSIVAS, PLENÁRIO DE JULGAMENTO, FASE RECURSAL, BALÍSTICA FORENSE E MEDICINA LEGAL.

Data: 10 de março a 30 de junho de 2012.

Local: Associação Comercial de São Paulo - Distrital Sudeste Rua Afonso Celso, n.º 1.659 - Vila Mariana - São Paulo / SP.

Horário: turma sabatina - 9h às 16h30m.

Total de aulas: 13 sábados.

Carga horária: 78h / aulas.

Informações e inscrições: Tel.: (11) 2561-4240 ou 2963-3638. www.apdcrim.com.br.

Coordenação: Romualdo Sanches Calvo Filho.

Palestrantes convidados: Daniela Sollberger Cembranelli; Jose Henrique Rodrigues Torres; Rogério Leão Zagallo; Fabio Tofic Simantob; Eleonora Rangel Nacif.

DELAÇÃO PREMIADA – MORAL, LEGITIMIDADE, ARRANJO INSTITUCIONAL

Beatriz Corrêa Camargo

A legislação penal e processual penal brasileira dos últimos anos, a exemplo da experiência de outros países, passou a adotar novos mecanismos de prevenção e repressão à criminalidade moderna, sobretudo a empresarial e a criminalidade organizada. Nesse contexto, o Brasil adotou a figura da delação premiada, cuja criação tem como finalidade principal a facilitação das investigações do fato delitivo em toda a sua complexidade.

Trata-se de um instituto que em suas origens encontrou respaldo teórico no pensamento filosófico utilitarista de **Jeremy Bentham**, segundo o qual a delação premiada (considerada uma recompensa excepcional ao delator) justifica-se na ideia de que a impunidade de uma pessoa seria um mal menor à sociedade se comparada com a impunidade de várias pessoas.⁽¹⁾

Em nossa doutrina, a delação premiada é criticada sob diversos prismas.

Analisando-se a postura do delator, entende-se que este pratica uma conduta moralmente errada ao apontar os demais implicados no fato, pois age como “dedo-duro”⁽²⁾ e utiliza-se de seu direito ao silêncio como objeto de troca negociado não apenas com o Estado, como também com os demais comparsas.⁽³⁾

Conforme essa lógica, o Estado estaria incentivando a “prática de traição como meio de se obter um prêmio ou um favor jurídico”, gerando uma “permissividade imoral ditada pela própria lei”.⁽⁴⁾

Ademais, a delação nada mais seria do que o fruto de uma política criminal imediatista, incompatível com a concepção de um Direito Penal garantista, isto é, incapaz de realizar as finalidades de prevenção geral e especial e de retribuição da pena.⁽⁵⁾

Mencione-se, ainda, o grande ceticismo quanto à contribuição prática que a delação presta ao curso das investigações e instrução criminal. Tal descrença dirige-se tanto à pessoa do delator, que desejaria alcançar os benefícios da delação a qualquer custo, inclusive mentindo,⁽⁶⁾ ou, pelo contrário, poderia se sentir inibido em entregar seus comparsas, pois assim arriscaria a própria vida,⁽⁷⁾ quanto à pessoa do juiz, que se deixaria levar facilmente pela narrativa convincente do fato criminoso e, portanto, aceitaria um conjunto probatório pouco robusto.⁽⁸⁾

Críticas são dirigidas, também, à sua integração dentro da lógica do devido processo legal, apontando-se, em especial, uma ofensa ao princípio do contraditório.⁽⁹⁾

Diante de tantas críticas, é de se indagar

se a delação premiada pode ser apresentada sob uma perspectiva distinta, de alguma maneira compatível com o Estado Democrático de Direito.

Em defesa do instituto, no que tange à moralidade do delator e à ética do Estado, afirma-se que não existiria uma obrigação moral de silêncio entre coautores e partícipes, uma vez que o único dever existente é o de colaborar com a persecução penal, no interesse da sociedade.⁽¹⁰⁾ Fala-se em traição, o comportamento que fere a expectativa de que alguém irá agir em consideração e respeito aos interesses e sentimentos de uma pessoa, alicerçada na confiança, lealdade ou fidelidade recíproca entre os sujeitos.

É preciso, no entanto, distinguir entre reivindicações legítimas e ilegítimas de fidelidade,⁽¹¹⁾ ainda que essa diferença não esteja clara no uso cotidiano da palavra “delação”.⁽¹²⁾ acaso estaria justificado o chefe de organização criminosa que, em troca da assistência prestada a um integrante e seus familiares, exige dele o cometimento de um crime em proveito do grupo? Quando **Eduardo Luís Baldan** faz uma análise da traição na história humana ocidental, ele utiliza a ideia de traição na acepção correta do termo, citando os casos de Judas, Joaquim Silvério dos Reis e delatores que contribuíram com o regime da Alemanha nacional-socialista, com a luta contra os comunistas nos Estados Unidos promovida por **MacCarthy** e com o combate à criminalidade organizada na Itália, que, em suas palavras, encontrava-se “às sombras de um direito penal emergencial, eclipsante de garantias individuais”.⁽¹³⁾

Esse uso é correto não pela prática da delação em si, mas em função do contexto em que ela ocorre. Judas e Joaquim Silvério dos Reis, embora tenham agido dentro das leis da época, delataram pessoas cuja conduta em si não era injusta (muito pelo contrário). Na situação da Alemanha nazista, reinava um Estado absolutamente ilegítimo e injusto. Nos Estados Unidos, o governo perseguia cidadãos que se opunham à ideologia política da época. Com relação à Itália, o pressuposto do autor é que os meios de persecução penal da época já seriam em si lesivos à dignidade humana.

Muito provavelmente, o indivíduo que entrega seus comparsas será por eles chamado de traidor. Mas se não existe uma pretensão legítima dos demais implicados

de que ele se cale, então o Estado não estimula condutas ofensivas à responsabilidade moral dos acusados uns em relação aos outros, o que certamente seria uma afronta à dignidade dessas pessoas.

Ainda, é um equívoco imaginar que o instituto é imoral porque o indivíduo realiza a delação por motivos egoístas, baseados em cálculos de custo e benefício, e não por arrependimento ou convicção de que está cumprindo o seu dever perante a sociedade, pois isso significaria dizer que o Estado está autorizado a estabelecer

juízos morais sobre o foro íntimo de seus cidadãos. Em um Estado Democrático de Direito não pode ter relevância o fato de as pessoas comportarem-se conforme o Direito por convicção moral ou por simples razões práticas, como a existência de sanções estatais, por exemplo.⁽¹⁴⁾

Os argumentos trazidos à baila visam apenas demonstrar que o instituto da delação premiada não deve ser considerado *per se* um instrumento imoral ou antiético empregado pelo Estado na persecução penal de seus cidadãos. Mas, a despeito do grande debate em torno da delação premiada, raramente se encontram argumentos que justificam a sua existência. **Eduardo Araújo da Silva** faz uma defesa da delação premiada em alusão às limitações do Estado de identificar e investigar certo tipo de criminalidade, em especial a criminalidade organizada. Assim, o instituto teria a vantagem de permitir ao Estado “quebrar licitamente a lei do silêncio que envolve as organizações criminosas”.⁽¹⁵⁾

Todavia, se por limitação entendem-se falhas estruturais dos meios de investigação estatais, então seria realmente difícil justificar o instituto, pois isso significaria que o Estado transfere aos seus cidadãos o ônus de uma incumbência sua e, além disso, sugere que a delação será empregada como meio de prova único – ou pelo menos o mais significativo – para o embasamento de uma condenação.⁽¹⁶⁾

Se, no entanto, por “limitação” compreendem-se os limites éticos dos meios

Todavia, se por limitação entendem-se falhas estruturais dos meios de investigação estatais, então seria realmente difícil justificar o instituto, pois isso significaria que o Estado transfere aos seus cidadãos o ônus de uma incumbência sua (...)

de persecução penal, então a viabilidade da delação premiada não deve ser analisada isoladamente, sem se considerar os demais meios que o Estado tem à sua disposição. Em comparação com outros instrumentos persecutórios, como a escuta telefônica, ambiental e a infiltração de agentes, a delação premiada sem dúvida tem a vantagem de respeitar a escolha do réu em falar ou calar, bem como respeita o direito à intimidade do delatado. Deve-se ponderar, ainda, que em regimes autoritários tais informações são obtidas muitas vezes por meio de tortura dos suspeitos, em que a sua liberdade de escolha é absolutamente tolhida.⁽¹⁷⁾ Isso confere ao instituto um caráter diametralmente oposto ao utilitarismo apreçoado em suas origens.

Entretanto, se por um lado é verdade que as críticas endereçadas à delação premiada não têm o condão de demonstrar uma imoralidade intrínseca da mesma, por outro lado elas têm um papel importante na ponderação acerca da real contribuição desse procedimento à persecução penal. Neste tocante, indispensável rediscutir-se o desenho institucional da delação, com vistas a torná-la compatível com um sistema probatório justo e coerente.

A nosso ver, sua concessão deve ser extremamente criteriosa, a depender das circunstâncias e complexidade do caso, dos atos praticados e da possibilidade que a delação representa de prevenção de novos crimes pelos sujeitos que não foram descobertos.

Além disso, o âmbito de aplicação da delação premiada deve ser restrito: a criação desse tipo de interesse ao réu implica ressalvas importantes à valoração posterior de suas declarações como meio de prova no processo, restringindo demasiadamente o leque de situações em que de resto não haveria maiores razões para se desconfiar de sua veracidade, especialmente quando se trata de crimes cometidos em um contexto de criminalidade pouco complexo.

Por fim, parece inegável que o risco de

que o delator esteja mentindo apenas para se beneficiar da diminuição ou não aplicação da pena ao final do processo requer mecanismos de correção de possíveis desvios que vão além do resguardo do contraditório. A esse respeito, uma reavaliação do “direito de mentir” do acusado pode ser de grande valia.

Em princípio, poder-se-ia falar na punibilidade pelo art. 342 do CP, uma vez que para parte da doutrina processual penal as declarações do delator têm valor de prova testemunhal⁽¹⁸⁾ e que parte da doutrina penal não vê o juramento do art. 203 do CPP como elemento típico do crime de falso testemunho.⁽¹⁹⁾

Mas será que apenas o art. 342 do CP deveria estar em jogo quando avaliamos a dimensão da delação premiada no processo penal? De fato, é difícil sustentar o direito irrestrito de fazer afirmações falsas do acusado quando tais acusações deliberadamente podem acarretar a responsabilização penal de uma pessoa inocente. Não por menos, a redação do art. 339 do CP (denunciação caluniosa) não faz exceções nem limita o rol dos sujeitos que podem cometer esse crime. Nesse sentido, deve ser considerado que o próprio direito de mentir do acusado já é limitado pelo art. 341 do CP, de forma que ao réu é defeso confessar falsamente um crime que não praticou.

NOTAS

- (1) Cf. LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 43 e ss.
- (2) Cf. FONSECA, Tiago Dutra; FRANZINI, Milena de Oliveira. Delação premiada: metástase política. *Boletim IBCCRIM*, n. 156, p. 9, nov. 2005.
- (3) Nesse sentido a fala de DIAS, José Carlos, apud MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Delação premiada. *Revista Del Rey Jurídica*, ano 8, n. 16, p. 67, Belo Horizonte, 1.º sem. 2006.
- (4) MOREIRA, Rômulo de Andrade. Delação no direito brasileiro. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 19, p. 27, 2003. De forma semelhante, JESUS, Damásio Evangelista de. O prêmio à delação nos crimes hediondos. *Boletim IBCCRIM*, n. 5, p. 1, jun. 1993.

- (5) Cf. LAUAND, Mariana de Souza Lima. Op. cit., p. 46 e s.
- (6) FRAGOSO, Cristiano; FRAGOSO, José Carlos. *Apostamentos sobre confissão e chamada de co-réu*. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11324-11324-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2011, p. 2 e s.
- (7) JESUS, Damásio Evangelista de. O fracasso da delação premiada. *Boletim IBCCRIM*, n. 21, p. 1, set. 1994.
- (8) ASSIM PRADO, Geraldo. Da delação premiada: aspectos de direito processual. *Boletim IBCCRIM*, n. 159 p. 11, fev. 2006.
- (9) Vide idem, ibidem; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim IBCCRIM*, n. 159, p. 9, fev. 2006.
- (10) Cf. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Op. cit., p. 67.
- (11) A esse respeito partimos da argumentação de: DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, em especial p. 314 e s.
- (12) Ao contrário, GARCIA, Roberto Soares. Delação premiada: ética e moral, às favas. *Boletim IBCCRIM*, n. 159, p. 2 e 2., fev. 2006, entende que a “delação sempre é ato imoral e atético”.
- (13) BALDAN, Édson Luís. O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante seqüestro do investigado. *Boletim IBCCRIM*, n. 159, p. 4 e s., fev. 2006.
- (14) Como coloca KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 176: “ainda que penetrem no direito penal valorações ético-sociais, a reprovabilidade penal não consiste em um julgamento moral, nem se encontra vinculada a uma avaliação moral dos parâmetros morais que o indivíduo considera importantes para si próprio”.
- (15) SILVA, Eduardo Araújo da. Da moralidade da proteção aos réus colaboradores. *Boletim IBCCRIM*, n. 85, p. 4 s., dez. 1999.
- (16) Crítico neste tocante, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Op. cit., p. 7.
- (17) Daí a necessidade de se diferenciar ambas as coisas. Nesse sentido, DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 336 e s.
- (18) Para uma visão crítica a esse respeito, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. I, p. 240 e s.
- (19) Cf. JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. vol. 4, 262 e s.

Beatriz Corrêa Camargo

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

Mestre em Direito Penal pela Universidade de Bonn, Alemanha.
 Bolsista CAPES e DAAD.

PARTICIPE POR ACREDITAR

SEMINÁRIO ESTADUAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Realização: Tribunal de Justiça do Amapá e IBCCRIM.

Data: 29 e 30 de março de 2012.

Horário: 19h às 22h30min.

Local: Teatro das Bacabeiras.

Endereço: Rua Cândido Mendes, s/n – Macapá – AP.

Informações e inscrições: www.tjap.jus.br.

O PROCESSO

José Carlos Abissamra Filho

“Na verdade, o próprio acusado não tem acesso aos documentos do tribunal e é muito difícil deduzir dos inquéritos os autos que os fundamentam, sobretudo para o acusado, que está confuso e às voltas com todas as preocupações possíveis que o dispersam”.⁽¹⁾

1. Segundo **Modesto Carone**, *O processo (Der Prozess)* de **Kafka** começou a ser escrito “na segunda semana de agosto de 1914”⁽²⁾ E o que parece é que a realidade jurídica daquela época ainda persiste. Basta ver que, em quase todas as fases processuais, ainda hoje, o réu continua relegado ao papel de coadjuvante. No geral, os jurisdicionados mal sabem dizer sobre seus próprios processos.

Quer dizer, ainda hoje o réu continua a ser secundário. Abandonado à própria sorte. Como se a justiça pudesse ser realizada sem a sua presença. Como se a presença do advogado fosse o suficiente. Um grave engano, ainda cotidiano!

O que se pretende demonstrar com esse artigo é que o advogado é sim imprescindível – não sendo, porém, suficiente. Quer-se demonstrar que o *direito de presença* do acusado não pode ser substituído pela presença do advogado. Que *um sem o outro (advogado sem o réu)* não faz justiça. Que, portanto, o acusado tem o direito de presenciar e de participar plenamente de todas as etapas do processo – junto com seu advogado, é claro –, fazendo possível a manifestação (em *interrogatório*) sobre *todas* as provas dos autos. Em verdadeira e autêntica paridade de armas – *defesa* (réu e advogado), de um lado; e *acusador*, do outro.

Ou seja, pretende-se demonstrar a importância da *autodefesa* – sem, desmerecer, é óbvio, a *defesa técnica*. Tudo com foco no *interrogatório*, com base nas mudanças trazidas pela Lei 11.719/2008, que devem ser aplicadas sem relativizações.

É o que se exporá abaixo.

2. Muitos juízes vêm interpretando espantosamente mal os arts. 400 e seguintes do CPP. Interrogam o réu, mas deixam de sentenciar o feito em audiência, no mais das vezes, porque laudos sempre acabam faltando. Ou seja, aquele velho problema da demora na elaboração de laudos e etc. E o que acontece é que o interrogatório acaba deixando de ser o último ato do processo.

O interrogatório foi colocado por último para que o acusado pudesse sempre se manifestar sobre *todo* material probatório produzido – salvo *raríssimas* exceções⁽³⁾ Ou seja, não há juntar mais nenhuma prova nos autos após o interrogatório – nem laudos, nem nada... –, pois, não se pode cercear o direito de o réu falar sobre tudo, absolutamente tudo em seu *interrogatório*. Não bastando abrir vista para

o advogado, pois o direito de falar sobre a prova é do réu! O advogado neste contexto não pode substituir o próprio réu. Ele soma, mas não substitui.

Parece óbvio, mas o fato é que alguns juízes, principalmente em casos de réu preso, correm com o processo, para evitar o excesso de prazo, e acabam atropelando o *devido processo legal*, o *contraditório* e a *ampla defesa*. Interrogam o réu antes da juntada de laudos, ou de outras provas, e assim jogam por terra todo o esforço da alteração legislativa.

É preciso compreender melhor toda a questão. Com efeito, *laudo* também é prova – e, na verdade, uma das mais importantes! E sendo assim, deve estar nos autos antes do interrogatório – assim como qualquer outra prova, seja qual for. O interrogatório é o último ato do processo e disso não se deve abrir mão!

O réu tem o direito de falar por último. E ademais, tem o direito de sair da audiência com uma cópia da sentença. Pois, findo o interrogatório, a fase decisória deve começar imediatamente, sem mais delongas – com alegações finais e sentença – em verdadeira audiência *una*.

O processo precisa terminar. Não pode ser arrastado indefinidamente. Os autos precisam estar prontos antes da audiência (antes do *interrogatório*). Todas as partes precisam estar prontas. Nas palavras de **Leandro Galluzzi dos Santos**: “*Não há dúvida que a modificação implica na necessidade de que acusação e defesa estejam preparadas para os debates orais e mandará o estudo prévio dos autos pelas partes e pelo juiz da causa (...)*”⁽⁴⁾

O acusado tem o direito de falar ao juiz quando tudo estiver pronto! Houve uma modificação no sistema processual, e a modificação precisa ser aplicada em sua plenitude. O regramento processual precisa ser respeitado: a *celeridade processual*, a *oralidade*, a *concentração* de atos e a *identidade física do Juiz* – todas, garantias dos acusados⁽⁵⁾

Nas palavras de **Aury Lopes Jr.**: “*A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu*”⁽⁶⁾

Mais que garantia para o réu, o respeito à forma processual estabelecida é a condição de legitimidade e de validade da própria sentença.

Conforme ensina **Antônio Scarance Fernandes**: “*(...) a doutrina, há muito tempo, sentia a existência de um direito ao procedimento. João Monteiro, ao ressaltar que os atos do processo constituem atos solenes preestabelecidos, acentuava que é nessa forma que reside a condição vital da autenticidade dos atos forenses, sem a qual não pode haver garantia de direito. (...) Também João de Oliveira Filho lembrava que se entende com razão que as leis do processo são complementos das garantias constitucionais, ou, antes, parte integrante delas. Ninguém pode, pois,*

ser processado e sentenciado senão mediante a exata observância dos termos e fórmulas legais. *Fora disso, há atentado e violência*”.⁽⁷⁾

Conforme pontuou **José Antônio Paganella Boschi**, em sua obra *Ação penal*, há uma profunda vinculação entre o processo e o procedimento: “*Um tem sentido em relação ao outro e ambos visam a implementação das mesmas finalidades: instrumentalizar a defesa da sociedade e proteger o acusado contra os abusos no exercício do jus puniendi*”.⁽⁸⁾

Prefaciando a obra supra, **Aury Lopes Jr.** teceu, como de costume, as seguintes – e belíssimas – palavras: “*a estrita observância das regras do jogo (Il giuoco – Calamandrei) ou as regras do devido processo, se preferirem, são fundamentais, na medida em que se constituem condições de legitimação do poder exercido no processo e na pena. Significa dizer que somente a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais ao longo de todo o curso do processo legitima a pena*”.⁽⁹⁾

Ou seja, não se há relativizar os direitos do acusado, sob pena de se retirar legitimidade do próprio processo, da sentença, e até da pena eventualmente imposta.

O acusado tem o direito de presenciar toda a produção de prova. E tem o direito de que isso ocorra em uma única audiência. E sendo assim, ou o processo está pronto ou não está! Se não estiver, o réu deixa de ser interrogado – simples assim. E se estiver preso, deve ser colocado em liberdade. Pois o acusado tem direito ao *processo* e ao *interrogatório*, e, por outro lado, não pode esperar indefinidamente o *ato*. Quer dizer, não é o juiz que tem o *dever* de interrogar – com o fim de extrair a verdade –, mas o réu que tem direito de ser interrogado – e isso com o processo pronto e num tempo célere!⁽¹⁰⁾

Há que se expandir a interpretação que se faz sobre *participação do acusado*.

3. Com efeito, não se ignora que os tribunais vêm reconhecendo, de forma bastante significativa, o direito de *participação ativa* do réu.⁽¹¹⁾ Também não se ignora que o interrogatório já vem sendo tratado como “meio de defesa”.⁽¹²⁾ Não se ignorando também que o Supremo já decidiu sobre o direito de o advogado do réu formular reperguntas aos corréus.⁽¹³⁾

Ocorre que é pouco. É tudo bem-vindo, porém, pouco.

Se o acusado não puder, ele mesmo, ter acesso a todas as provas dos autos, em verdadeiro exercício de *autodefesa*, então de nada terá adiantado a mudança legislativa. E **Kafka** terá feito quase uma profecia.

A presença do advogado é sim imprescindível, porém não suficiente, quando se pensa em *defesa* que se quer *mais*, que se quer *ampla*. O acusado deve ser interrogado por último, não importando o que aconteça. Principalmente

em casos de réu preso, quando a falta da liberdade impede que o imputado corra atrás de suas provas, quando está impedido de, sozinho, buscar informações sobre seu processo.

4. A verdade é que já vai longe os tempos de Kafka... E a sua obra continua atual. Basta ver essa massa de jurisdicionados desesperados que mal sabem dizer sobre seus respectivos processos. Oxalá, um dia, tratemos de *O Processo* como uma linda ficção. Por enquanto, resta-nos lutar contra a dura realidade. E a luta passa pelo respeito mínimo às formas: realização do interrogatório como último ato, com a consequente finalização do feito.

NOTAS

- (1) KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 118.
- (2) Idem, p. 257 – posfácio de Modesto Carone.
- (3) Os arts. 402 e 404 do CPP não podem ser mal-interpretados. A regra é a audiência *una*. O interrogatório é o último ato do processo. É óbvio que toda a regra comporta exceções. E nas palavras de Nucci, o art. 404 é até uma obviedade legal: “Se as partes podem requerer diligências imprescindíveis e o juiz deferi-las ou não, é natural que, deferindo-as, a audiência não possa ser concluída” (Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 724). Mas não se pode esquecer que todo o esforço é no sentido de produzir *toda* a prova antes do interrogatório, evitando-se, ao máximo, a utilização dos arts. 402 e 404 do CPP.

Eventuais diligências devem ser requeridas (e realizadas) antes do interrogatório, para que o réu possa falar sobre tudo. Por uma questão óbvia, a audiência *una* somente se quebra se eventuais dúvidas advierem das “circunstâncias ou fatos apurados na instrução” (art. 402 do CPP). Ou seja, se a prova poderia ter sido produzida antes do interrogatório, mas acabou produzida depois, torna-se ilegal. O art. 402 é claro! Não deve ser banalizado. E o art. 404 nem deveria existir.

- (4) GALLUZZI DOS SANTOS, Leandro. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: RT, 2008. p. 335.
- (5) Cf. Nucci, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 724.
- (6) LOPES JUNIOR, Aury. A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal. *Boletim IBCCRIM*, n. 203, ano 17, out. 2009, p. 8 – embora não trate especificamente de tema aqui tratado, as palavras têm muito a contribuir com a fundamentação.
- (7) SCARANZE FERNANDES, Antônio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005. p. 38 – destaque nosso.
- (8) BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 322 – destaque nosso.
- (9) Idem, Prefácio de Aury Lopes Jr.
- (10) Em recente artigo publicado neste *Boletim*, **Stephan Doering Darcie** tratou, de forma muito perspicaz, sobre Decreto rubricado pelo então Príncipe Regente D. Pedro I (*Decreto de 23 de maio de 1821*, que se propunha a dar “providências para garantia da liberdade individual”). No dizer do autor, o Decreto possui a *inescondível marca do Iluminismo*. E o que chama bastante atenção no Decreto é o prazo de 48 horas para a formação da culpa. Vejamos: “*Determino em terceiro lugar que, quando se acharem presos os que assim*

forem indicados criminosos se lhes faça imediata, e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de 48 horas peremptórias, improrrogáveis, e contadas do momento da prisão, principiando-se, sempre que possa ser, por a confrontação dos réos com as testemunhas que os culparem, e ficando alertas, e publicas todas as provas, que houverem, para assim facilitar os meios de justa defesa, que a ninguém se devem dificultar, ou tolher (...)” (O status da liberdade e da dignidade na âmbito do direito e do processo penal brasileiros: entre estagnação, evolução e retrocesso. *Boletim IBCCRIM*, n. 227, out. 2011, p. 9-10).

- (11) “*A autodefesa significa a participação pessoal do acusado no contraditório, mediante sua contribuição para a função defensiva. Divide-se no ‘direito de audiência’ e no ‘direito de presença’. Este consiste na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, comparecendo a todos os atos instrutórios*” (TJSP, AP 00877541.3/0-0000-000, j. 11.04.2007).
“*O direito de audiência, de um lado, e o direito de presença do réu, de outro, esteja ele preso ou não, traduzem prerrogativas jurídicas essenciais que derivam da garantia constitucional do due process of law e que asseguram, por isso mesmo, ao acusado, o direito de comparecer aos atos processuais a serem realizados perante o juízo processante (...)*” (STF, 2.^a T., HC 86.634-4/RJ, j. 18.12.2006).
- (12) STJ, HC 50.401/MS, j. 12.05.2009.
- (13) STF, HC 94.601-1, j. 04.08.2009.

José Carlos Abissamra Filho

Associado do IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa).

Associado e colaborador do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). Advogado.

PARTICIPE POR ACREDITAR

Programe-se para o maior encontro de ciências criminais.

18º SEMINÁRIO INTERNACIONAL - 28 a 31 de agosto em São Paulo.

Presenças confirmadas:

Antonio Cavaliere (Itália)
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)
Jesús-María Silva Sánchez (Espanha)
Jorge de Figueiredo Dias (Portugal)
Bruce Zagaris (EUA)
Felipe Villavicencio Terreros (Perú)
Stefano Manacorda (Itália)

Informações: (11) 3111-1040 ramal 131 ou seminario@ibccrim.org.br.

Patrocínio:

Carla Rahal Benedetti Sociedade de Advogados (SP) • Castelo Branco Advogados Associados (SP) • CAZ Advogados (SP) • Damiani I Euro Filho - Advogados Associados (SP) • Daniel Achutti & Fernanda Osorio Advocacia Criminal (RS) • Décio Freire & Associados (SP - RJ - DF - MG - PE - BA - ES - AM - PI - AC - USA) • Dias e Carvalho Filho Advogados (SP) • Faragone Advogados Associados (SP - PE) • Gamil Föppel Advogados Associados (BA - PE - SE - RJ) • Joyce Roysen Advogados (SP) • Luchione Advogados (RJ) • Malheiros Filho, Camargo Lima e Rahal Advogados (SP) • Marcelo Leonardo Advogados Associados (MG - SP) • Márcio Thomaz Bastos Advogados (SP) • Massud e Sarcedo Advogados Associados (SP) • Moraes, Donnangelo, Toshiyuki e Gonçalves Advogados Associados (SP) • Moraes Pitombo Advogados (SP - RJ) • Nelio Machado, Maronna, Stein e Mendes Advogados (SP - RJ) • Oliveira Campos & Giori Advogados (ES) • Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados Associados (SP) • Sobbé & Suliani Advogados Associados (RS) • Tofic e Fingermann Advogados (SP)

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Informações sobre patrocínio: (11) 3111-1040 ramal 123.

DOS CRIMES RELATIVOS À SIMULAÇÃO DE PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL: PATERNALISMO MORALISTA OU TUTELA PENAL DA DIGNIDADE SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES?

Pedro Paulo da Cunha Ferreira e Lara Maria Tortola Flores Vieira

A validade e eficácia das normas jurídicas, em primeiro plano, e das normas penais, secundariamente, pautam-se por diversos critérios, entre os quais se indica a legitimidade, constituindo-se esta no conjunto de pressupostos que as validam e as autenticam como elementos integrantes do sistema de direito positivo. Dessa forma, as disposições normativas ou os subsistemas legais só detêm legitimidade quando se coadunam, em sua integralidade, com os postulados do modelo jurídico-político no qual são construídos. É a partir desse raciocínio que se infere a indispensável e imperativa necessidade de que a *mens legis* esteja em sintonia com os fundamentos do Estado democrático, no sentido de conferir destacada importância à variabilidade e pluralidade de pensamentos, crenças, convicções, orientações, percepções e todos os demais componentes subjetivos que integram a consciência anímica humana.

O que se suscita é o fato de que, no paradigma de Estado adotado no Brasil, bem como em diversas outras democracias que possuem como fundamento a dignidade da pessoa humana, é razoável esperar que o indivíduo e sua inerente autonomia volitiva sejam reconhecidos, respectivamente, como *ente e qualidade* juridicamente relevantes.

As normas de Direito devem, assim, considerar precipuamente as particularidades de seus destinatários, a fim de que possam não carecer de legitimidade. Todavia, em que pese ser esta a recomendação de ordem, não raro, violações a esse mandamento são evidenciadas, o que repercute na notória eiva no ordenamento jurídico de disposições flagrantemente ilegítimas e, portanto, manifestamente ilegais.

A problemática da legitimidade, no específico campo das normas penais, mormente as leis incriminadoras, choca-se, certas vezes, com o fenômeno denominado paternalismo.

A complexidade referente ao dado supracitado reside na multiplicidade de formas de sua manifestação, o que dificulta precisar contornos regulares e exatos de compreensão, quer para sua delimitação, quer para suas distintas classificações.

O paternalismo não alberga um sintoma homogêneo, mas sim um movimento de limites amplos, identificável pela imposição compulsória de pautas comportamentais ou diretrizes de seguimento, com fito de evitar a ocorrência de prejuízos particulares que recaiam sobre um sujeito ou uma coletividade. Para o alcance desse propósito, empregam-se medidas de restrição da liberdade de escolha individual ou instrumentos que mitiguem ou viciam a vontade e a capacidade livre de

decisão. Trata-se de um dualismo (falsamente) compensatório que se dá por meio da restrição da liberdade negativa, para educar (ou domesticar) a liberdade positiva.⁽¹⁾ Muito embora as adoções de algumas políticas paternalistas sejam justificáveis – como aquelas em que, por detrás de sua imposição, não há nenhum outro fim senão o de proteção do destinatário do ato interventivo, quando sua manifestação volitiva não se der de modo consciente e autônomo –, há outras que não se amoldam às espécies do chamado *paternalismo moralmente neutro*.

Esta forma de ato paternalista caracteriza-se por um intervencionismo sem que seu exercício leve necessariamente à emancipação de um juízo de natureza moral que ignore e rompa *in totum* com a livre manifestação de vontade do sujeito. Em síntese, constata-se aí a face oposta do condenável *paternalismo moralista*,⁽²⁾ comprometido com o objetivo de evitar que os indivíduos executem comportamentos que tenham, como estrita consequência, a putativa degradação de seu caráter, e não o impedimento de danos a quaisquer valores positivos. Nesses termos, resta claro o desprezo a certos interesses fundamentais do homem os quais, embora diversos, são complementares entre si, já que compõe a um só tempo a estrutura de uma única realidade. Sua satisfação se dá mediante a preservação da personalidade humana tanto na esfera individual quanto no âmbito social. As ações praticadas em ambos os setores – o privado e o coletivo – são governadas igualmente por um *mínimo ético*, que se vê desequilibrado diante da indispensável disciplina normativa que a convivência social em um e no outro exige concretamente.

Com preocupante frequência, o Direito Penal tem sido motivo dessa instabilidade tanto pelo excesso quanto pela imposição equivocada do conteúdo de suas normas, deixando, assim, a partir disso, de “operar como direito para funcionar como mera força de coação”⁽³⁾ que visa incorporar na consciência do sujeito valores não identificados em bens jurídicos tuteláveis penalmente. O vício ideológico do paternalismo jurídico-penal vincula-se a um compromisso de ascendência corretiva de caráter meta-ético, que se exaspera para muito além do exclusivo fim de amparo aos interesses éticos e socialmente úteis próprios do Direito Penal.

Visível exemplo do exposto encontra-se no atual art. 241-C da Lei 8.069/1990 (ECA) o qual incrimina a chamada pornografia infantil simulada. A pornografia virtual⁽⁴⁾, como também denominada, consiste na criação de imagens fictícias, a partir de imagens reais de

adultos em contextos eróticos que, alteradas de tal modo, mediante específica técnica informática, aparentam ser os protagonistas das cenas verdadeiras crianças e/ou adolescentes. O parágrafo único do referido dispositivo contém uma forma equiparada que sanciona, com as mesmas penas do tipo básico (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa), a venda, exposição à venda, disponibilidade, distribuição, publicação, bem como a aquisição, posse ou armazenamento do material produzido na forma do *caput*.

A infração da norma incriminadora, nos termos propostos, não supõe uma contrariedade por parte das ações criminalizadas a qualquer valor jurídico-penal, sendo, portanto, carecedoras de um desvalor em sentido material. O criticável tipo de injusto não fundamenta de modo algum qualquer desvalor da ação que possa lesar ou expor a perigo interesses referentes à criança ou adolescente representados no simulacro de pornografia, posto que estes inexistem verdadeiramente, logo não há substrato algum que sustente qualquer objeto jurídico a ser protegido, muito menos aquele plasmado na própria condição de pessoa humana, como a dignidade, e sua subspecie, a dignidade sexual.

As normas penais não têm por objeto meramente um conteúdo negativo de vontade, mas também e necessariamente um lado externo projetado na ação e no resultado normativo nelas previstos, tal qual sua gravidade para a intangibilidade dos bens mais essenciais. Se essa intenção desvaliosa contida na descrição típica comporta e encerra um juízo conclusivamente moral, resta, pela coercibilidade peculiar à lei penal, apenas um esforço teleológico de perfeccionismo do caráter de seus destinatários, por todo anômalo aos fins do Direito Penal. A moral individual é a esfera de liberdade interna do sujeito⁽⁵⁾ e, em vista disso, deve adequar-se à sua autonomia e somente a ela, pois figura esta como qualidade que a vontade tem, de ser lei para si, independentemente dos comandos objetivos do *dever ser*, máxime quando claramente essa mesma vontade seja inofensiva a terceiros.

Não se está a negar que o Direito, em seus variados ramos, e tampouco o Direito Penal, deva, efetivamente, prescindir de um fundo moral, de uma moral mínima, do mínimo ético, sob pena⁽⁶⁾ de um desmedido utilitarismo e tirania. O que se chancela é que a imoralidade contida num dado comportamento só é digna de assumir significado penal somente quando capaz de produzir danos intoleráveis em face dos bens de reconhecida importância jurídica. A moralidade, despida de concomitante violação a substratos jurídicos, não se

serve, assim, de *per se*, aos requisitos indispensáveis que reconhecem dignidade jurídica de bem penalmente relevante, logo jamais se prestaria a alicerçar qualquer incriminação legítima.

O recurso à pena criminal, para a proscição das condutas previstas no art. 241-C do ECA, em tempo algum estará cumprindo papel diverso senão o de disciplina interventiva de “virtudes” eleitas discricionariamente pela moral estatal. O Estado (de polícia) tem assumido, paternalisticamente, introduzir e gerir valores morais, mesmo que contra a vontade do sujeito, postura inconciliável no âmbito do Estado democrático e social de direito, que, por derradeiro, deve buscar

condições seguras sobre as quais cada indivíduo possa perseguir seus próprios fins sem prejudicar os demais.

NOTAS

- (1) ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel. *Discutamos sobre paternalismo. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5, p. 206, Alicante, 1988.
- (2) ALEMANY GARCIA, Macario. *El concepto y la justificación del paternalismo*. 2005. Tesi (Doctorado) – Universidad de Alicante, Facultad de Derecho, Alicante, p. 478.
- (3) GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: una introducción a concepción finalista de la responsabilidad penal*. Lima: Idemsa, 2005, p.163-164.
- (4) Cf. FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Artigo 241-C da Lei n. 11.829/2008: a pornografia simulada e a questão da ofensividade penal na sociedade de risco. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n.

208, p. 18-19, mar. 2010.

- (5) BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000. p.67.
- (6) QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 74.

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

Especialista em Ciências Penais pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG).
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR).

Lara Maria Tortola Flores Vieira

Estudante do 3.º ano do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR).

CARL SCHMITT: ELE MESMO UM INIMIGO DAS IDEIAS PENAIS?

Eduardo Saad-Diniz

Dentre os publicistas ele nem sempre recebe a mesma desqualificação. No clássico “Guardião da Constituição” (*Hüter der Verfassung*), **Carl Schmitt** permite à teoria constitucional alcançar a função de proteção da Constituição. Desde essa perspectiva, na teoria constitucional a função de proteção atribuída ao decisionismo é eminentemente política, e não exclusivamente jurídica.⁽¹⁾ Significa então que o decisionismo schmittiano não opera as estruturas jurídico-normativas sem a concepção do político. Antes mesmo, é a condução política do comportamento decisório que cria o esquema amigo/inimigo (*Freund/Feind*), de tal forma que a atribuição da qualidade de inimigo é consequência de ato de soberania política do Estado.⁽²⁾

Mas a determinação categorial do político em **Carl Schmitt** também se submete às indeterminações da política e agita os ânimos do debate. De um lado e de outro, seja com a reinvenção da teoria da exceção schmittiana, quer mesmo com as denúncias de concentração de poder soberano revertida em autoridade coletiva (partidária).⁽³⁾ Entre os penalistas, além das manipulações de sentido próprias da política, o vínculo com o pensamento de **Carl Schmitt** é fortemente exaltado pela disputa retórica da dominância das ideias, sobretudo quando se fala na hipótese de derivação schmittiana no “direito penal do inimigo”.

Já se tornou lugar-comum desqualificar o Direito Penal do inimigo porque ele recorre ao totalitário esquema amigo-inimigo. Se fosse um argumento,⁽⁴⁾ não passaria de um sofisma na sua mais perfeita acepção. Isso porque um tanto mais envolvido com o ideário nacional-socialista estavam as ideias de **Karl Larenz**. Não fosse este tipo de argumentação um sofisma, como **Larenz** esteve muito mais comprometido com o ideário nacional-socialista,⁽⁵⁾ “*todo aquele que se vale da teoria da imputação objetiva*”, tão tributária da metodologia dele e que tanto contribui para o avanço da moderna dogmática jurídico-penal, “*logo é um nazista*”. A percepção do problema

não poderia ser mais falsa.

Outro bastante comprometido com os anos nazi e que atrai muitas críticas é **Edmund Mezger**. Mas a exemplo do que faz **Victor Gabriel Rodriguez** em seus *Fundamentos*, cabe a ponderação de que, mesmo em vista de “*seu (incontestável) envolvimento tanto com a teoria nazista como com o próprio Reich hitlerista tem posto em xeque a validade teórica de seus escritos*”, “*(...) na obra de Mezger (...) não serão poucos os momentos em que se realizará a relevância das garantias penais, a exemplo da medida da culpabilidade*”.⁽⁶⁾ De fato, desqualificar apenas subjetivamente este ou aquele apenas pela relação com o nacional-socialismo é argumento de duvidosa qualidade científica.

Mesmo assim, a afinidade entre o esquema schmittiano e o modelo jurídico-penal de **Günther Jakobs** é, senão equivocada, bastante precária. O conceito de inimigo em **Carl Schmitt** remonta às representações teológicas (temente/não temente a Deus) e a hostilização se opera no âmbito da oposição política própria à guerra civil. Ou seja, não se dá em relação a alguém em confronto com a norma jurídica – com a identidade normativa do Direito. Já “*o inimigo do direito penal do inimigo é, do contrário, o delinquent que oferece perigo de forma persistente*”.⁽⁷⁾ Quando muito, a referência ao inimigo poderia ser uma “*metáfora infeliz*” que acaba embotando o potencial descritivo do conceito de inimigo no âmbito penal, especialmente na compreensão das estruturas normativas de criminalização em estado prévio.⁽⁸⁾

Carl Schmitt até chega a se referir ao Direito Penal. Em seu *Schuld und Schuldarten* se empenha em estabelecer as determinantes lógicas entre os conceitos de dolo, negligência e culpa,⁽⁹⁾ ainda que a contribuição, para a dogmática penal de seu tempo, estivesse apenas para contribuir na ordenação racional dos conceitos. Depois disso, aliás, no seu vigoroso parecer sobre o julgamento de Nuremberg, ele irá demonstrar o papel do político nos juízos de transição na atribuição de responsabilidade aos

envolvidos nos crimes contra a humanidade, marco teórico essencial para a compreensão da “*justiça política*”, já que nestes casos, em última análise, caberia somente a uma decisão eminentemente política orientar uma resolução condenatória.⁽¹⁰⁾

O estudo do pensamento schmittiano talvez mereça maior reflexão. Assim quem sabe não seja o envolvimento com o nacional-socialismo que deva desqualificar **Carl Schmitt** como um inimigo das ideias penais. E nem seja esta também a consciência a dar conta de uma necessária crítica ao direito penal do inimigo.

NOTAS

- (1) SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: Mohr, 1931. p. 96 e ss. Mesmo que longe de apresentar algum consenso teórico (a exemplo da querela com **Hans Kelsen** em *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Tübingen: Mohr, 2008, ed. Robert C. Van Ooyen), a posição, com a ressalva do “*primado do direito*”, chega a ser admitida pelo ex-Presidente da Corte Constitucional alemã: PAPIER, Hans Jürgen. *Das Bundesverfassungsgericht als Anreger und Hüter der Verfassungsentwicklung*. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (org.). *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, 2010, p. 186 e ss.; para uma precisa determinação do lugar do pensamento schmittiano no Brasil, BERCOVICI, Gilberto. *Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora*. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (org.). *Pensamento alemão no século XX: grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil*, São Paulo, Ed. Cosac Naify, 2009. v. 1, p. 90 e ss.
- (2) SCHMITT, Carl. *O conceito de político* – Teoria do partizan. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 27 e ss.
- (3) Apenas a título ilustrativo, recorde-se, de um lado, o debate havido sobre decisão do STF na ADPF153 para a revisão da Lei de Anistia (Lei 6.683/1979), em que o ex-Ministro da Justiça Tarso Genro manifestou divergência ao entendimento do então Ministro relator Eros Grau. “*O Ministro Eros Grau, que era conhecido como “marxista”, demonstrou que é um bom adepto de Carl Schmitt, para quem, em um estado de exceção, o Estado continua a existir enquanto o direito desaparece. Schmitt vê no estado de exceção precisamente o momento em que Estado e Direito mostram sua irredutível diferença. O Estado persevera apesar do Direito. Esse é o ponto de Schmitt e parece ser também o que embasa o voto do relator*”. WEISSHEIMER, Marco Aurélio. *Decisão do STF é erro jurídico e deformação histórica. Carta Maior*, 01.05.2010. De outro lado, pode-se exempli-

ficar com a oposição intelectual ao kirchnerismo na Argentina: “Las condiciones de crisis son un teatro para el ejercicio de la voluntad única e, incluso, pueden justificarlo. Kirchner habría suspendido los principios contrarios a la concentración mediática en situación de crisis. Sin embargo, la situación en 2007 no era de crisis, salvo que se piense que cualquier momento puede ser definido como le venga en gana a quien gobierna; y que cualquier sujeto puede ser identificado como enemigo que debe ser aplastado o, al revés, cuya amistad debe ser ganada a cualquier precio. Los seguidores de Mao Tse-tung llamaban a esta configuración amigo-enemigo ‘contradicción principal’, que es la que organiza todo el campo político (en versión francesa más a la page, véase Ernesto Laclau). Eso hizo Kirchner y su esposa continúa tal legado estratégico” (SARLO, Beatriz. La Soledad de la Presidenta. *La Nación*, 30.12.2011).

(4) **Michael Pawlik** reprovava a qualidade argumentativa

da derivação schmittiana do Direito Penal do inimigo: “como se fosse um argumento!” (PAWLIK, Michael. *Der Terrorist und sein Recht*. Regensburg, 2008. p. 39 e ss.).

- (5) Ainda que a ele tenha sido oferecida uma “chance”, havendo sido reinvestido em sua cátedra logo menos em 1949, em detalhes, SCHNEIDER, Christina. *Die SS und “das Recht”*. Frankfurt, 2005. p. 232 e ss. Crítico ao conservatismo de **Larenz**, HÜPERS, Bernd. *Karl Larenz*. Berlin: BMW, 2010. p. 73 e ss. – desde as teses de **Josef Kokert**, idem, p. 81-82. Também LA TORRE, Massimo. Karl Larenz, jurista nacionalsocialista: delito y castigo en la “Volksgemeinschaft” (comunidad del pueblo). *Revista Mexicana de Justicia*, n. 2, v. VII, p. 305 e ss., 1989.
- (6) RODRIGUEZ, Víctor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*, 2010. p. 46-47 (nota 71).
- (7) JAKOBS, Günther. *Feindstrafrecht: Eine Untersuchung*

Zu den Bedingungen von Rechlichkeit? *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, n. 8, p. 294, 2006 (trad. livre).

- (8) SCHROEDER, Friedrich-Christian. Missglückte Metaphern im Strafrecht. In: PAWLIK, Michael; ZACZYK, Rainer (org.). *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007. p. 631-633.
- (9) SCHMITT, Carl. *Schuld und Schuldarten*. Breslau: Schleters'sche, 1910. p. 08 e ss.
- (10) SCHMITT, Carl. *Carl Schmitt: Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz “Nullum crimen, nulla poena sine lege”* (ed. Helmut Quaritsch). Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

Eduardo Saad-Diniz

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

CRIME E EMOÇÕES NA CRIMINOLOGIA CULTURAL

Alvaro Filipe Oxley da Rocha

Avanço importante, para a Criminologia Cultural, é o produzido por **Stephen Lyng**,⁽¹⁾ o qual agregou o conceito de ação-limite.⁽²⁾ Esse conceito é utilizado, em Sociologia, para descrever o comportamento de risco voluntário. Embora não tenha sido desenvolvido, pelo menos inicialmente, para os interesses da Criminologia Cultural, esse conceito tem sido aceito para significar a ligação entre comportamentos criminais e desviantes na aceitação voluntária de riscos em esferas de atividades mais convencionais como, no caso do autor, o paraquedismo.

A ação-limite está referida à experiência subjetiva que decorre da prática de atividades que contenham riscos pessoais inerentes: essa seria uma forma de “ação proposital, baseada no emocional e no visceral”, e na “excitação imediata”, que provém da ação arriscada, em si mesma.⁽³⁾ Embora aparentemente restrita à experiência subjetiva e ao significado da aceitação de riscos, **Lyng** e seus colegas argumentam que tais significados estão sempre relacionados a um contexto subcultural: os participantes aprendem o significado do seu comportamento pela interação com outros, engajados nas mesmas atividades. Além disso, eles desenvolvem distintas estruturas linguísticas e simbólicas: códigos específicos, imagens e estilos, pelos quais comunicam e entendem suas experiências.

Por esse viés, o sentido de correr riscos está invariavelmente relacionado às “comunidades de significados mediados e representações coletivas”.⁽⁴⁾ Portanto, uma psicologia social do comportamento de risco estará relacionada aos estilos subculturais, símbolos e valores do grupo ao qual aqueles que se arriscam estão referidos, no qual, por sua vez, ambos se baseiam para desafiar a cultura mais ampla, na qual eles estão situados. Desse ponto de vista destaca-se que uma das mais importantes preocupações da Criminologia Cultural é estabelecer em que medida o comportamento desviante ou criminoso desafia, subverte ou resiste aos valores, símbolos e códigos da cultura dominante.

A preocupação em investigar as subculturas desviantes, nos termos precisos de desafios e resistências que elas oferecem, é a principal linha divisória entre a Criminologia Cultural e aquelas criminologias que levam a cultura a sério, mas não representam o desvio como desafio e resistência. É preciso ter presente que a ideia segundo a qual subculturas desviantes desafiam a cultura dominante não implica que elas o façam de maneira consciente ou direta.

Embora **Ferrell**, em especial, tenha se dedicado à detalhada exploração dos grupos *outsiders*,⁽⁵⁾ incluindo grafiteiros, anarquistas urbanos, e grupos distintos de catadores de lixo, alguns criminologistas culturais estão mais preocupados em expor o contexto cultural e social no qual esses grupos de *outsiders* agem. Por essa razão, é relevante a obra de **Jock Young**, cujo interesse em Criminologia Cultural é descrever como “as intensas emoções associadas à maioria dos crimes urbanos está relacionada a problemas significativos e dramáticos da grande sociedade”,⁽⁶⁾ que o mesmo descreve como se constituindo de insegurança, pessoal e econômica, numa combinação de inclusão cultural e exclusão social e perda das identidades conhecidas (baseadas em classes sociais), mediante as quais se pode compreender coletivamente o mundo social.

Embora esses problemas não possam ser tomados em si mesmos como causas diretas do crime, eles fornecem as condições de possibilidade, nas quais o crime e a transgressão se desenvolvem. Numa cultura social que promete prazeres imensos e liberdade para todos, pelos meios de comunicação de massa, a realidade contraditória da marginalização econômica e da exclusão social, conduzem a sensações generalizadas de humilhação. Em contrapartida, segundo o autor, é a experiência de humilhação que fundamenta uma parte significativa do crime, na contemporaneidade. Ao descrever criminosos violentos e usuários de drogas, **Young**⁽⁷⁾ afirma que estes “transgressores são movidos por energias de humilhação”. Da mesma forma, **K. J. Hayward**⁽⁸⁾ tam-

bém procura ligar insegurança e exclusão aos problemas do crime, argumentando que muitas das formas de crime e de desvio são respostas psicológicas às experiências de impotência e marginalização vividas pelos pobres do meio urbano. **Hayward** e **Young**,⁽⁹⁾ ao deslocar o foco da discussão do indivíduo para o grupo, propõem que “é através da quebra de regras que os problemas subculturais procuram solução”. Em outras palavras, formas de crime e desvio são os sinais visíveis de problemas coletivos profundos: os criminosos aprendem a quebrar regras no contexto de subculturas específicas, que mais tarde aparecem precisamente como respostas aos grandes problemas coletivos. Por essa via, esses autores procuram ligar os sentimentos individuais de impotência e exclusão aos estilos subculturais, códigos e valores que caracterizam de forma central o trabalho de **Ferrell**, **Lyng** e outros autores, trazendo uma nova perspectiva ao entendimento das motivações de parte significativa da criminalidade.

NOTAS

- (1) Dangerous methods: risk taking and research process. In: FERRELL, J.; HAMM, M.S. (ed.). *Ethnography at the Edge: crime, deviance and field research*. Boston, MA: Northeastern University Press, 1998.
- (2) “Edgework”, no original, sem tradução direta em português (NT).
- (3) FERRELL, J. et al, Edgework, *Media Practices and Elongation of Meaning: A Theoretical Ethnography of The Bridge Day Event*, *Theoretical Criminology* 5 (2): 177-202, 2001. p. 178.
- (4) Idem, p. 179.
- (5) Essa palavra inglesa, de uso consagrado em português, tem originalmente o significado de “estranho” ou “forasteiro” (NT).
- (6) Merton with energy, Katz with structure: the Sociology of vindictiveness and the criminology of transgression, *Theoretical Criminology* 7(3): 389-414, 2003.
- (7) Idem, p. 408.
- (8) *The city limits: crime, consumer culture and the urban experience*. London: Cavendish, 2004. p. 165.
- (9) Idem, p. 266.

Alvaro Filipe Oxley da Rocha

Professor Titular do PPGCCRIM da PUCRS.

O PRINCÍPIO DO “PECUNIA NON OLET” E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PENAL

Moacyr Petrocelli de Ávila Ribeiro

1. Introdução: o princípio do “pecunia non olet”

Na Teoria Geral do Direito Tributário, em especial, quando se aborda a definição de tributo trazida pelo Código Tributário Nacional (CTN), exsurge a necessidade de se analisar o histórico princípio do “pecunia non olet”.

Segundo o CTN, em seu art. 3.º, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Adverte-se, desde logo, que a doutrina tributarista faz severas críticas à definição imposta pela legislação. Entrementes, certo é que ao definir tributo a vontade do legislador foi afastar grandes polêmicas doutrinárias sobre a gênese do Direito Tributário. Evitou-se, assim, interpretações distorcidas.

Nessa linha, coloca-se em evidência a intenção do legislador de deixar claro que tributo “não constitui sanção por ato ilícito”. É nesse ponto que aflora o princípio do “pecunia non olet”.

Explica-se.

Tributo não possui finalidade sancionatória, visa à arrecadação e intervenção em situações sociais e econômicas, atividades típicas de Estado. Difere, pois, da multa. Esta sim constitui sanção por ato ilícito e visa coibir condutas contrárias ao Direito.

Nesse caminho, registre-se que o dever de pagar tributo – sem qualquer pretensão de aprofundar o tema de Direito Tributário – surge com a ocorrência no mundo concreto, de uma hipótese abstratamente prevista em lei, o fato gerador (grosso modo, o “fato típico tributário”).

Note-se, pois, que o fato gerador de um tributo sempre será uma conduta ou uma situação lícita. Eis o ponto crucial.

O Direito Tributário se desapega dos fatos e circunstâncias remotos à ocorrência do fato gerador, ainda que sejam ilícitos.

Observe-se: o tradicional Imposto de Renda, instituído pela União, possui como fato gerador a conduta de “auferir renda”. Portanto, se uma pessoa obtém “disponibilidade econômica ou jurídica de rendimentos” (CTN, art. 43), ainda que essas receitas auferidas sejam oriundas de um ato ilícito, ou mesmo criminoso, como a corrupção, a exploração sexual, o tráfico de drogas, etc. passará a ser devedora do Imposto de Renda.

Com efeito, mostra-se cabível a advertência de que não se está punindo a conduta ilícita da pessoa com o tributo, esta punição deve ocorrer na esfera penal, ou se for o caso, na civil ou administrativa.

Assim, na situação hipotética supratracada,

a cobrança do Imposto de Renda ocorrerá porque o fato gerador (“auferir renda”) aconteceu no mundo dos fatos. Houve, pois, subsunção do fato à norma tributária abstrata. Verdadeira “adequação típica”.

Nesse viés, o CTN é muito claro ao afirmar que o fato gerador deve ser interpretado, abstraindo-se da validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes (art. 118, I, do CTN). Em suma, o Direito Tributário analisa o fato gerador objetivamente. Denomina-se princípio da interpretação objetiva do fato gerador, preferencialmente cunhado como princípio do “pecunia non olet”.

Etimologicamente, “pecunia non olet”, significa “dinheiro não cheira”. Trata-se de expressão tradicional entre os tributaristas, mas que tem uma origem, ao menos, curiosa.

Afirma-se que o postulado do “non olet” surgiu em Roma, onde o Imperador Vespasiano, em face da escassez na arrecadação, instituiu um tributo sobre o uso dos banheiros públicos (latrinas). Tal atitude provocou, à época, grande descontentamento e revolta nos contribuintes.

Entre os críticos do Imperador estava seu filho, “Tito”, que, perante a Corte, afirmou que não era conveniente o Império Romano se manter pela força da arrecadação de valores originários de um local tão sujo e repugnante como os banheiros públicos.

Nessa ocasião, o Imperador Vespasiano pediu que seu filho buscasse um pouco do dinheiro arrecadado, e, já com o dinheiro nas mãos, determinou que seu filho o aproximasse e cheirasse. Feito isso, o Imperador proferiu a célebre frase: “Está vendo filho, não tem cheiro!”. Daí, “non olet” (“não cheira”).

Com essa atitude, o bem-sucedido Imperador romano, bordou o raciocínio comezinho do Direito Tributário: pouco importava a origem remota do valor arrecadado (latrinas), se lícitas ou ilícitas, morais ou imorais. É dizer, o dinheiro proveniente dos banheiros públicos não matinha o cheiro de suas origens.

Destarte, aplicando esta lição histórica, **Ricardo Alexandre**, conclui que “não importa se a situação é ‘malcheirosa’ (irregular, ilegal ou criminoso): se o fato gerador ocorreu o tributo é devido”.⁽¹⁾

2. Reflexos no Direito Penal

É de fácil percepção que quando as origens remotas de fatos geradores de tributos revelam condutas que infringem a lei, o Direito Penal

ganha relevância, ainda que estruturado como “ultima ratio”.

Nesse detalhe, deve-se notar que muitas condutas tipificadas como crimes no ordenamento jurídico brasileiro importam em aumento de patrimônio por parte do criminoso. À guisa de curiosidade, cita-se algumas condutas criminosas ou mesmo contravencionais: tráfico ilícito de drogas; corrupção; contrabando ou descaminho; exploração de prostituição; jogo do bicho; entre outros.

Inicia-se aqui certa polêmica.

Há quem entenda que o Estado, ao tributar rendimentos oriundos de atividades criminosas, estaria se associando ao crime e obtendo,

imoralmente, recursos de uma atividade que ele mesmo proíbe. O raciocínio é lógico, porém, com a devida vênia, não se coaduna com as basilares lições de Direito Tributário supraexpostas.

Contra-argumenta-se, que, antes de tudo, deve-se respeitar o postulado da isonomia. É ululante a injustiça de se exigir tributo daquele que trabalha honestamente e não cobrar do criminoso. Seria verdadeiro estímulo por parte do Estado às atividades ilícitas.

Verifica-se, assim, que ampliam os reflexos do princípio do “pecunia non olet” no Direito Penal, se abordagem envolver o concurso de crimes.

Hipoteticamente tome-se o caso do tráfico ilícito de drogas.

Eventualmente se o traficante omitir informações, ou seja, não fornecer declarações de suas atividades ilícitas estaria incidindo no crime de sonegação fiscal?

Indagando-se de outra forma, poderia o traficante ser condenado pelo crime de tráfico de drogas e sonegação fiscal?

Curiosamente cogitou-se o entendimento de que obrigar o réu a fornecer declarações de suas atividades ilícitas seria, forçá-lo a produzir provas contra si mesmo, o que é vedado pelo ordenamento jurídico nacional (“*nemo tenetur se detegere*”).

Esta garantia deflui, como se sabe, do art. 5.º, LXIII, da CF, que prevê o direito ao silêncio ou à não auto-incriminação.

Acrescente-se, aliás, que sobre o direito decorre, além do próprio sistema de direitos e garantias constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988, de norma expressa prevista no art. 8.º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San Jose da

É ululante a injustiça de se exigir tributo daquele que trabalha honestamente e não cobrar do criminoso. Seria verdadeiro estímulo por parte do Estado às atividades ilícitas.

Costa Rica”) de 1969, que fora incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 678/1992.

Em síntese, por esta garantia fundamental, o acusado não poderia ser compelido a produzir provas contra seu próprio interesse.

No entanto, apesar de este entendimento prestigiar o direito do réu levando-se em conta a vedação à auto-incriminação, ou seja, o direito de não produzir prova contra si mesmo, acaba gerando desmedida contradição.

Veja-se, à luz do Direito Penal, se um traficante praticar condutas criminosas de sonegação fiscal, por tal entendimento, não responderá por este crime, ao passo que uma pessoa de ocupações lícitas, caso não declare suas atividades, incorrerá em crime contra a ordem tributária.

Por esses e por outros fundamentos, a violação à isonomia parece evidente.

Dessa forma, mostra-se plenamente viável o concurso entre o crime de tráfico de drogas e o delito de sonegação fiscal. Portanto, aquele que não declarar suas receitas, ainda que decorrentes do tráfico ilícito de drogas, pratica o crime de sonegação fiscal.

Sobre o tema em comento, poucas situações concretas chegam ao Judiciário. Todavia, no âmbito do Supremo Tribunal Federal há um “*leading case*”: STF, HC 77.530, 1.^a T., j. 25.08.1998.

No caso, a Corte Suprema entendeu pela ocorrência de concurso de crimes entre tráfico ilícito de drogas e sonegação fiscal. Naquela situação havia tráfico ilícito de drogas, envolvendo sociedades comerciais organizadas, com lucros vultosos camuflados à contabilização regular das empresas e subtraídos à declaração de rendimentos: o que caracteriza o crime de sonegação fiscal.

Digno de aplausos o voto do relator, Min. Sepúlveda Pertence, garantindo a “*irrelevância*

da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação. A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso – antes de ser corolário do princípio da moralidade – constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética”.

Recentemente, caso semelhante, chegou ao Supremo Tribunal Federal, agora envolvendo a arrecadação de disponibilidade econômica, mediante a prática de “jogo do bicho” (art. 58, da Lei de Contravenções Penais): STF, HC 94.240/SP, 1.^a T., j. 23.08.2011.

Mantendo a linha de entendimento da Suprema Corte, o eminente Min. Dias Toffoli, relator do caso, confirmou que “*prática sonegação fiscal, aquele que não declarou suas receitas, mesmo que resultantes de ato contravençional. Seria contraditório o não-pagamento do imposto proveniente de ato ilegal, pois há locupletamento da própria torpeza em detrimento do interesse público da satisfação das necessidades coletivas, a qual se dá por meio da exação tributária*”.

Conclui-se, finalmente, que o criminoso, em tese, teria de informar os rendimentos das atividades ilícitas na declaração entregue à Receita Federal, sob pena de responder também pelo crime de sonegação fiscal.

Indubitavelmente, parece inconteste que se deve adotar a linha de raciocínio traçada pelo Supremo Tribunal Federal, não só pela autoridade da decisão, mas principalmente pelo prestígio à isonomia.

3. Conclusão

Pelo exposto, observa-se que o princípio do “*pecunia non olet*” transcende a esfera do Direito Tributário. Deve, pois, ser analisado sob a ótica conjunta do Direito Tributário e do Direito Penal.

Diga-se de passagem, o Direito, atualmente, necessita ser interpretado sistematicamente. A divisão em ramos do Direito subsiste para

fins didáticos, todavia, a ciência jurídica sempre foi, é, e sempre será: una.

O fato é que as relações humanas atingiram complexidade tal, que cada vez mais se exige do intérprete que se correlacione institutos jurídicos, conceitos e princípios dos mais diversos ramos do Direito. Somente assim, poderá se cogitar de uma aplicação mais sensata da lei à realidade, perfazendo-se o verdadeiro sentimento de justiça.

Por isso, para o tema em apreço, o diálogo entre o Direito Tributário e o Direito Penal parece fundamental.

Ora, qualquer interpretação diversa daquela delimitada pela Corte Suprema seria jurar de morte a Constituição da República, verdadeiro atentado ao princípio da isonomia. A conclusão é inevitável: o Direito não pode se afastar da equidade, pois, caso contrário, com a licença do brilhante poeta, “*Inez é morta*”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 5. ed. São Paulo, 2011.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Método, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.
- STF. HC 77.530, 1.^a T., rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 25.08.1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>.
- STF. HC 94.240/SP, 1.^a T., rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.08.2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

NOTAS

- (1) *Direito tributário esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 49

Moacyr Petrocelli de Ávila Ribeiro

Pós-graduando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ). Advogado.

PARTICIPE POR ACREDITAR

ESPECIALIZAÇÃO EM CRIMINOLOGIA - IBCCRIM E PUCRS

Reafirmando o compromisso com os valores democráticos e com a defesa dos direitos humanos ao longo de seus mais de 16 anos de existência, o Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, promovem conjuntamente o **Curso de Especialização em Criminologia**. O curso foi criado para atender a demanda quanto à formação e titulação de docentes e profissionais na área das Ciências Criminais e da Segurança Pública. Caracteriza-se pela pluralidade no enfoque da temática da violência e a interdisciplinaridade de suas abordagens, tendo como marco diferencial a multiplicidade da análise da temática. Essa marca diferente – da interdisciplinaridade – constitui o seu apelo tão singular.

INÍCIO DO CURSO: 27 de abril de 2012.

LOCAL DAS AULAS: Sede do IBCCRIM.

CARGA HORÁRIA: 360 horas/aula.

COORDENAÇÃO:

Prof. Dr. Giovani Agostini Saavedra (PUCRS)

Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino (IBCCRIM)

INSCRIÇÕES ONLINE até 26 de março de 2012. www.pucrs.br/educacaocontinuada .

A EXPLORAÇÃO DO DOMÍNIO SÁDICO POR UMA NOVA CRIMINOLOGIA

Fábio Ataíde

De maneira mais ou menos forte, as diversas instituições que compõem o sistema de justiça penal estão interligadas entre si, o que forma um campo que se distingue dos demais setores sociais pela maneira como compreende e reage ao fenômeno crime. No âmbito deste campo, delegados, peritos, juízes, promotores ou agentes penitenciários podem compartilhar valores internos exprimindo uma cultura menos aderente ao discurso da academia e mais demarcada pelas próprias convicções dos atores humanos adestrados segundo um *habitus*. Por isso, explica Garland, a reação ao crime depende significativamente da cultura que dá suporte ao campo, de modo que cabe não confundir *discurso* com *ação*, isto é, a política criminal que se enuncia nem sempre representa efetivamente a que se executa.⁽¹⁾

Dessa forma, podemos dizer que o controle reveste um sonho mítico de que podemos contornar o impossível e evitar a desordem. Este desafio termina em vão quando descobrimos o próprio controle sem controles. O *discurso* que se faz repetir pela academia encontra muitos monstros, mas ainda assim não foi capaz de evitar o que está oculto como um mal-estar e entala a garganta quando tomamos notícias da falta de *ação* do Estado. A suposta defesa social por meio de políticas de tratamento humanitário freia diante dos atores da gestão penal.⁽²⁾ O que fazer com o lado mais escuro do Estado, quero dizer, com o inconsciente dos atores do campo que atuam segundo uma cultura oposta ao discurso? Por que o discurso que vem de fora contradiz a ação que se pratica dentro do campo?

Na persecução penal, agentes do controle se fecham à sombra de seu inconsciente, dando base à formação de uma cultura sádica, talvez explicando o motivo pelo qual o discurso minimalista que vem de fora não frustra a ação da agressividade. Neste pequeno mundo podemos não encontrar o *discurso*, mas a *ação* dos próprios desejos reprimidos, escondidos a uma distância segura de tantos outros. O Processo Penal torna-se assim um lugar protegido para quem substitui (ou ignora?) o *outro* por si próprio. A solução final da sentença vem assim como um ato falho da burocracia punitiva, muitas vezes reveladora de uma cultura do controle carregada de conceitos abstratos e estigmas.

Como nada funciona, o controle entra em crise e não sabemos por que os seus agentes ignoram a tortura diária do cárcere e tampouco percebem as estruturas funcionando para garantir a impunidade de outros. Neste quadro, a ordem social vem sendo gerida sob bases inconciliáveis. Enquanto a cultura policial impõe a disciplina para controlar a liberdade individual, esquecemos que nossos impulsos reprimidos podem escapar como atos falhos.

À sombra dos impulsos reprimidos, eis que surge a *cultura do controle*, entrelaçada por sinais evidentes de domínio sádico, em relação ao qual cabe avisar desde logo que “*o sadismo não*

é simplesmente o desejo de lesar ou humilhar”, mas ainda “*o desejo do controle absoluto sobre o outro ser*”.⁽³⁾

É frisante que as tentativas de minimizar o controle partem de fora do campo, razão pela qual sucumbem, diante da força de resistência punitivista, organizada internamente como estratégia para combater o inimigo, amenizar o medo coletivo e finalmente dar movimento às frustrações reprimidas de seus atores. Os que acreditam neste sonho precisam de inimigos devidamente convertidos em objetos de desejo, sobre os quais afirmam sua autoridade e assim resistem às mudanças propostas pelo discurso minimalista dos outros.⁽⁴⁾

Um estudo da evolução dos órgãos de controle pode explicar muito a respeito de como chegamos a este avançado estágio de vigilância das massas e vertiginoso (des)controle. Mais difícil é entender que existe subjacente nisso tudo uma tradição orientada para estabelecer o domínio por meio de uma rede invisível de consensos. Esta cultura do campo ou, como preferem outros (Greene), esta subcultura age seletivamente, dando continuidade a valores organizacionais de domínio sádico. É um lugar de resistência que subverte o discurso para garantir a continuidade da ocupação do espaço público. E assim as agências de controle revelam-se como causa da desordem.⁽⁵⁾

Nesse ritmo, a cultura contesta o discurso para assegurar um domínio supremo da vida cotidiana; subverte a norma com o fim de impor uma ordem. A lei e a ordem vêm assim ao arrepio da norma. Vítimas de suas impotências, os atores do controle optam pela solução sádica. Ignoram os aspectos emocionais de sua decisão. Diante deste panorama, quero inferir que ação e discurso podem movimentar emoções diferentes. Do lado de fora do campo, os discursos tornam-se mais fortes, enquanto dentro levam vantagem as ações concretas, não necessariamente em harmonia com aqueles.

Nesse passo, Karstedt deixa ver que os sentimentos de remorso, vergonha e culpa são próprios das instituições judiciárias, enquanto a raiva (hostilidade) está mais associada à ampla ideia de justiça.⁽⁶⁾ Com razão, as instâncias judiciárias tendem a rejeitar os sentimentos agressivos, ainda que tais emoções estejam conectadas de alguma forma à ideia de justiça penal e estejam na base do retributivismo. Deduz-se, com efeito, que os discursos reparadores de danos são mais fortes fora do campo e não no interior, onde, ao contrário, animam-se ideias de ação, justiça e agressividade, ou seja, sentimentos de danos e não de reparação.

Sob esse aspecto, como os sistemas judiciários são cada vez mais estimulados de fora por discursos restaurativos de compaixão, ocorre uma repressão na agressividade nutrida no interior do campo. Mesmo assim, instâncias sociais como o processo penal naturalmente dão centelha aos impulsos sádicos⁽⁷⁾ e dessa forma

surge no homem um mal-estar que advém desta desordem e violência reprimida, que, contraditoriamente, também lhe satisfaz. No exercício da cultura do campo, o agente não se intimida pela norma proibitiva da agressão, porque ele está num mundo *estranho*, inconsciente, e assim deseja dominar o *outro*, para somente dessa forma conseguir a sua justiça interior.

Com o discernimento desta problemática, uma criminologia das sombras vem justamente para explicar a cultura do controle como válvula de escape de nossos impulsos sádicos reprimidos.⁽⁸⁾ Nesta tentativa de apenas colocar o tema, podemos dizer que, tratando-se de seres presos ao domínio do inconsciente, é exigente a libertação plena da individualidade, ou seja, não nos cabe apenas atribuir o punitivismo ao Estado, sem antes perceber o seu domínio dentro de nós mesmos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATAÍDE, Fábio. *Colisão entre poder punitivo do Estado e garantia constitucional da defesa*. Curitiba: Juruá, 2010.
- FROMM, Erich. *A descoberta do inconsciente social: contribuição ao redirecionamento da psicanálise*. Trad. Lúcia Helena S. Barbosa. São Paulo: Manole, 1992.
- GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GREENE, Jack R. La policía de proximidad en Estados Unidos: cambios en la naturaleza, estructura y funciones de la policía. In: BARBERET, Rosemary; BARQUÍN, Jesús. *Justicia penal siglo XXI: una selección de criminal justice*. Trad. Andrea Giménez. Granada, 2006.
- KARSTEDT, Susanne. Emotions and criminal justice. *Theoretical Criminology*, Londres, vol. 6 (3): 299-317, 2002.
- MATRAVERS, Amanda; MARUNA, Shadd. Contemporary penalty and psychoanalysis. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 7, n. 2, 2004, p. 118-144.

NOTAS

- (1) GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 70 e 77.
- (2) ATAÍDE, Fábio. *Colisão entre poder punitivo do Estado e garantia constitucional da defesa*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 398.
- (3) FROMM, Erich. *A descoberta do inconsciente social: contribuição ao redirecionamento da psicanálise*. Trad. Lúcia Helena S. Barbosa. São Paulo: Manole, 1992. p. 138.
- (4) GREENE, Jack R. La policía de proximidad en Estados Unidos: cambios en la naturaleza, estructura y funciones de la policía. In: BARBERET, Rosemary; BARQUÍN, Jesús. *Justicia penal siglo XXI: una selección de criminal justice*. Trad. Andrea Giménez. Granada, 2006. p. 352.
- (5) Idem, *ibidem*.
- (6) KARSTEDT, Susanne. Emotions and criminal justice. *Theoretical Criminology*, Londres, vol. 6 (3): 312, 2002.
- (7) MATRAVERS, Amanda; MARUNA, Shadd. Contemporary penalty and psychoanalysis. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 7, n. 2, 2004, p. 129.
- (8) Idem, p. 141.

Fábio Ataíde

Juiz de Direito.

Professor de Direito Penal/UFRN.

INFANTICÍDIO INDÍGENA

Carlos Henrique Borlido Haddad

Não é incomum em nosso país optar-se por soluções legislativas penais sempre que questões geram aflições, provocam perplexidade e transbordam inquietações. O mais fácil caminho da promulgação de leis substitui medidas preventivas, educativas e socializantes, que demandam mais tempo para serem implementadas, importam em mudanças de custosa assimilação e, geralmente, não ostentam sanções passíveis de aplicação, baldados os resultados pretendidos. O infanticídio indígena é uma dessas situações paradigmáticas que retrata o patológico estado de absoluta crença no aspecto transformador da lei penal.

O tema pode ser exposto sob a forma de um problema, seguido por plausível explicação (diferença) e selado com provável solução (aproximação).

O problema é o seguinte: algumas tribos de índios brasileiros têm o hábito de eliminar recém-nascidos, o que vulgarmente se chama de infanticídio indígena. Não se confunde essa morte dolosamente causada com o infanticídio do Código Penal, que exige, como agente da infração, uma mãe sob a influência do puerpério. O Código Penal explicou o infanticídio como desequilíbrio das funções maternas e jamais pode ser cometido por genitora em sã consciência. A morte do recém-nascido, segundo nosso Direito, passa a ser encapsulada pela noção de loucura puerperal. O infanticídio indígena não é delito cometido apenas pela mãe, nem por força de alterações psíquicas. É verdadeiramente o homicídio de uma criança. Matam-se crianças indígenas em casos de gestação múltipla; se são portadoras de deficiências físicas e/ou mentais; em caso de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo; se possuem alguma marca de nascença que os diferencie dos demais; quando são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo. Este é o problema: mata-se, segundo a nossa cultura, por frávolas razões, motivações convenientes ou inaceitáveis.

Há possível explicação para isso ou uma diferenciação. Nós temos ruptura, os índios, continuidade. A cultura ocidental distingue claramente feto de neonato. Basta olhar nosso Código Civil, de acordo com o qual a personalidade começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. O nascimento é a ruptura que se estabelece entre a condição de feto e a condição de pessoa. Diferentemente das nossas convicções biomédicas, entre os índios não há causalidade ou mesmo

simultaneidade entre o nascimento e a pertença à vida social. Uma criança que nasce não é imediatamente feita humana e, portanto, a procriação não é garantia de parentesco. Isso porque, para eles, a consubstancialidade que nos faz consanguíneos e parentes não é fato, não é dom, mas uma condição a ser continuamente produzida pelas trocas e contatos, por meio de contínuo processo de relacionamento e diferenciação. Por isso se fala em elaboração da pessoa ou da personalidade, um processo contínuo de aprender a ser humano.⁽¹⁾ Assim, alguns requisitos são necessários para que seja nominada pessoa, como saber andar, falar ou alimentar-se com certa autonomia.

Por essa razão, para nós, é tão fácil posicionar-nos a favor do aborto e contra o infanticídio. Muitos de nós talvez achem moralmente aceitável o aborto – e, de fato, em muitos países ele é legalizado – sobretudo quando detectada má-formação no feto. Mas nem se cogite em sacrificar um neonato anencéfalo! No discurso cristão ocidental, há diferença de *status* entre fetos e neonatos, o que implica diferenças na maneira de avaliar o potencial de vida ou a imputabilidade de suas mortes. Para os índios, há continuidade natural entre o feto e o neonato. O nascimento não ocasiona grande ruptura ontológica ou é marco muito menos importante do que o momento em que a criança começa a andar ou a falar – estes sim, índices de humanidade e pertença à vida social.⁽²⁾

Para nós, se nascer é respirar, morrer é interromper permanentemente a respiração. Para os índios morrer é retirar-se plenamente do social. Não sei se é temerário dizer, mas o aborto está para nós, assim como o infanticídio está para os indígenas. As brechas morais que por vezes justificam o aborto, até mesmo com respaldo em lei (estupro e preservação da saúde da mãe), integrariam o Código Penal indígena com similar previsão para os casos de infanticídio.

A solução buscada para aplacar o infanticídio indígena arrima-se no Projeto de Lei 1.057/2007, que tramita na Câmara dos Deputados e impõe, entre outras disposições, o dever de todos que tenham conhecimento das situações de risco, em função de “tradições nocivas”, notificar imediatamente as autoridades, sob pena de responsabilização por crime de omissão de socorro, em conformidade com a lei penal vigente, a qual estabelece pena de detenção, de um a seis meses, ou multa. E se as autoridades não adotarem as medidas cabíveis, imediatamente, também responderão por omissão de socorro.

Por óbvio, a norma penal não se dirige aos inimputáveis silvícolas. Mais uma confortável solução legal, que esvazia a complexidade do problema e traz para a lei penal a incumbência de proscrever condutas reputadas antinaturais.

Afora a lei penal e, em última análise, a sanção criminal, há outra possível solução ou uma aproximação: abrigo e informação. O que os ameríndios matam é a possibilidade de relação e não o outro, porque este carece de relação para existir.⁽³⁾ E se faltam esses laços que levam os índios a matar, porque não dispor de estrutura que possa funcionar como sucedâneo da ausência de laços? Uma relação interessante surge aqui entre abandono e morte. Se o abandono, tal como a morte, é o extermínio da possibilidade de relação, por que não adotá-lo como alternativa para permitir a vida fora da comunidade indígena? Ao lado do abrigo, informação afigura-se vital. Não se pretende impor padrões e valores a partir de suposta unicidade da natureza humana. Tenciona-se esclarecer, como foi feito com o povo Tapirapé, em Mato Grosso. Estudo antropológico mostrou missão religiosa que conseguiu contribuir para que a comunidade pudesse decidir sobre o fim da prática dos interditos de vida, entre eles o infanticídio. Passou a ser discutido dentro de agenda em que se inseriam outros temas importantes para o povo: demarcação de terras, expulsão de invasores, atenção à saúde etc.⁽⁴⁾ As providências adotadas geraram o notável efeito de aumentar a população indígena e evitaram seu perecimento.

Reconhecendo alteridades, com receio de por fim às ambivalências, mas preocupado com a vida, o infanticídio indígena pode ser visto sem o binóculo da lei penal, que aumenta ilusoriamente o reduzido efeito ordenador de condutas que ela aparenta possuir em nosso país.

NOTAS

- (1) HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*. Dissertação (Mestrado). Brasília: UnB, 2008. p. 16-7.
- (2) Idem, p. 67.
- (3) Idem, p. 110.
- (4) FEITOSA, Saulo Ferreira. *Pluralismo moral e direito à vida: apontamentos bioéticos sobre a prática do infanticídio em comunidades indígenas no Brasil*. Dissertação (Mestrado). Brasília: UnB, 2010. p. 101.

Carlos Henrique Borlido Haddad

Doutor e Mestre em Ciências Penais pela UFMG.
Professor Adjunto da UFMG.
Juiz Federal.

PARTICIPE POR ACREDITAR

MIDIATECA IBCCRIM

Estão disponíveis para empréstimo na MEDIATECA IBCCRIM as aulas dos cursos de Pós-graduação em “Direitos Fundamentais” e “Doutrina Geral da Infração Criminal Revisada”, realizados em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Informações: biblioteca@ibccrim.org.br ou (11) 3111-1040 ramal 150.

REGRAS DE BANGKOK – ESTÁ NA HORA DE FAZÊ-LAS VALER!

Heidi Ann Cerneka

“A fim de por em prática o princípio de não discriminação consagrado no parágrafo 6 das Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, deve-se tomar em conta as necessidades específicas das mulheres presas na aplicação das presentes Regras. A atenção a essas necessidades para alcançar uma igualdade substancial entre os sexos não deve ser considerada discriminatória” (Regra 1).

No Brasil já existe a Lei de Execução Penal, a lei que garante o direito de amamentação para a mulher presa e seu filho (Lei 11.942/2009), e a resolução do CNPCP sobre amamentação (Resolução CNPCP 3, de 15.07.2009) com considerações específicas sobre as necessidades das mulheres encarceradas. Porém, estas estão longe de garantir as condições necessárias para a mulher presa.

Em dezembro de 2010, a Assembleia Geral da ONU aprovou as regras mínimas da ONU para o tratamento da mulher presa e medidas não privativas de liberdade para as mulheres em conflito com a lei, chamadas Regras de Bangkok, em reconhecimento ao papel que o governo da Tailândia teve na construção e aprovação das regras.

Diferentemente de uma Convenção da ONU, as regras mínimas têm por objetivo estabelecer princípios e regras de uma boa organização penitenciária e das práticas relativas ao tratamento de prisioneiros. O Estado brasileiro, por ser membro da ONU, tem o “dever” de respeitar as regras, mas não pode sofrer sanção por não cumpri-las. As Regras oferecem diretrizes para o tratamento de pessoas presas.

As Regras Mínimas para o Tratamento do Preso foram estabelecidas em 1955 e aprovadas na Assembleia Geral da ONU em 1957. É evidente que em 1957, não se considerou a realidade da mulher encarcerada, muito menos qualquer necessidade específica sua realidade.

As Regras de Bangkok procuram complementar as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso e as Regras Mínimas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) considerando as necessidades específicas das mulheres – reconhecendo que é necessário um tratamento igual mas diferenciado.

As Regras de Bangkok, entre outras considerações, contemplam a realidade da mulher mãe em situação de prisão; o fato de que atualmente a grande maioria de mulheres é presa pelo envolvimento com drogas; a realidade das estrangeiras, a questão de saúde em geral e a saúde mental, e o direito de contato com sua família (seja por visita ou por telefone).

Das mães

Ana procurou a Pastoral Carcerária logo

depois da prisão, desesperada porque os quatro filhos ficaram em casa quando ela foi presa um dia na rua, e dois dias depois, ela não sabia onde eles estavam e se alguém estava cuidando deles.

Depois da visita, a pastoral conseguiu entrar em contato com a mãe dela, confirmar que os filhos da Ana estavam com a avó deles e estavam bem. Quando a equipe conseguiu dar retorno para Ana, a cela inteira se alegrou, pois todas compartilharam a angústia da jovem mãe.

Mais de 80% das presas é mãe,⁽¹⁾ e o fato de que ninguém espera ser presa acaba fazendo com que, na hora da prisão, os filhos percam o contato com suas mães e se encontrem desamparados. A segunda regra oferece a provisão para que a mulher possa definir com quem pode deixar os filhos enquanto estiver presa, e, se necessário, até ter a prisão suspensa enquanto procura resolver esta questão.

A terceira regra garante que no momento de inclusão, a informação acerca dos filhos, quantos são, com quem estão, se necessitam abrigo está incluída no prontuário da mãe.

O processo de amamentação e a importância de as crianças permanecerem no presídio com suas mães durante um período de tempo ocupa destaque no documento, inclusive o momento de separação. As Regras não especificam um prazo de amamentação, mas concentram-se mais no momento da separação, deixando claro que precisa ser definido considerando o melhor interesse da criança. E quando esta separação acontece, o Estado tem a responsabilidade de auxiliar nas visitas e contato entre as crianças e suas mães (Regras 48-52, 64).

De extrema importância neste momento histórico, as regras dizem que jamais se utilizará algemas (medidas de coerção) no caso de mulheres em dores de parto, durante o parto e no período imediatamente pós-parto (Regra 24).

Das drogas

Segundo dados do Depen (junho 2011), 63% do total de delitos cometidos por mulheres está na Lei 11.343/2006, Lei de Drogas, e, quanto aos homens, essa lei é apenas responsável por 22,6%.⁽²⁾ Esta realidade é global. O número de mulheres encarceradas tem disparado nos últimos anos, a maioria dos países atribui isso à relação com as drogas, que tem raízes no próprio uso e abuso

de drogas e também às questões socioeconômicas. As regras não somente abordam a necessidade de oferecer oportunidades por tratamento dentro das unidades prisionais,

mas reconhecem que este tratamento tem de considerar a possibilidade de a mulher ter sido vítima de violência em algum momento da vida, a possibilidade de gravidez e a diversidade cultural, e oferecer tratamento dentro deste contexto (Regra 15).

Da saúde e saúde mental

As Regras 6 à 18 tratam as questões de saúde e saúde mental, tomando em conta a alta taxa de mulheres presas portadoras de HIV, usuárias de drogas ilícitas, a possibilidade de elas terem sido vitimizadas em algum momento da vida, e a impor-

tância de se ter um controle da saúde dentro das unidades. As mulheres, em geral, têm uma maior taxa de uso de remédios controlados também. Mulheres em conflito com a lei muitas vezes têm múltiplas e complexas necessidades, com altas taxas de distúrbios de saúde mental, violência doméstica, vitimização e dependência química e são três vezes mais susceptíveis à automutilação que os homens.⁽³⁾

Acesso à justiça

Quanto ao acesso à justiça, as regras reconhecem que é comum que as mulheres infratoras cometam menos crimes com violência, que apresentem um baixo potencial ofensivo e que devem ter, quando possível, acesso às alternativas à prisão. Medidas não privativas de liberdade deveriam ser a norma, e somente deve-se manter uma mulher presa quando o delito é grave ou violento ou quando a ela represente um perigo à sociedade (Regras 57-62).

Planejamento e pesquisa

Finalmente, há uma escassez total de informação sobre as regras de Bangkok e poucos estudos sobre as mulheres encarceradas. Mesmo que isso tenha melhorado nos últimos anos, ainda faltam dados concretos e sérios sobre este assunto, para garantir que políticas públicas nacionais e internacionais correspondam à realidade e às necessidades da mulher. As Regras 67-70 apontam a falta de informação desse assunto e a necessidade de fomentar investigações, estudos e

divulgação sobre a realidade e das causas das mulheres em conflito com a lei.

Porque as Regras?

Porque mulheres ainda dão a luz algemadas; porque crianças ainda ficam desamparadas quando a mãe está presa; porque muitas mulheres ainda cumprem pena longe de suas famílias, sem visita e sem direito de telefonar para seus filhos; porque as mulheres ainda estão recolhidas em unidades de segurança máxima quando seu delito poderia ser respondido em liberdade ou sua pena poderia ser uma pena alternativa à prisão; e porque,

muitas vezes, as mulheres ainda são tratadas como homens nos presídios, mas que por acaso precisam de absorventes.

As regras de Bangkok são boas. Agora começa o trabalho de divulgação, cobrança e estratégias para garantir que sejam respeitadas.

NOTAS

- (1) Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP). Censo Penitenciário do Estado de São Paulo, 2002. Disponível em: <www.sap.sp.gov.br/common/vinculados.html>. Acesso em: jul. 2010.
- (2) BRASIL. Ministério de Justiça. Departamento Peniten-

ciária Nacional. Infopen Estatística. Disponível em: <www.mj.gov.br/depen>. Acesso em: fev. 2012.

- (3) HMI Probation, NMCPSP and HMI Prisons. Equal but different?: An inspection of the use of alternatives to custody for women offenders, 2011, p. 13 & 15. Disponível em: <www.justice.gov.uk/downloads/publications/inspectorate-reports/hmiprob/womens-thematic-alternatives-to-custody-2011.pdf>. Acesso em: fev. 2012.

Heidi Ann Cerneka

Coordenadora da Pastoral Carcerária Nacional para a questão da mulher presa Instituto Terra, Trabalho e Cidadania – ITTC. Grupo de Estudos e Trabalho Mulheres Encarceradas.

DESCASOS UM OÁSIS NO DESERTO

Alexandra Lebelson Szafir

Não é segredo para ninguém que a situação dos estabelecimentos prisionais pelo Brasil afora é calamitosa; basta ler os jornais. Via de regra, não se vê interesse por parte das autoridades competentes ou da sociedade em geral em melhorar as condições de vida dos presos.

A maioria, convenientemente, “esquece-se” da regra segundo a qual a pena, além do caráter punitivo, visa à ressocialização do condenado. De tão importante, esse objetivo vem insculpido logo no art. 1.º da Lei de Execução Penal. Mas cumpri-lo, evidentemente, dá trabalho. Mais fácil é “jogar” criminosos num presídio e “lavar as mãos”, com a sensação (hipócrita, diga-se) de dever cumprido.

Conheci Juízes de Execução Penal que, por suas decisões, parecem pensar que a sua função é, unicamente, manter os condenados presos por tanto tempo quanto for possível. Por sua postura, parecem abominar qualquer contato mais próximo com seus jurisdicionados, os assim chamados “reeducandos” (não consigo deixar de pensar que há boa dose de sarcasmo por parte das pessoas que usam este termo).

Desnecessário dizer que, além de ilegal e desumana, tal forma de pensar é francamente estúpida, mesmo sob uma ótica egoísta: algum dia, apesar dos esforços em contrário, a maioria desses detentos sairá da prisão; é mais benéfico à sociedade, portanto, que se invista agora em criar condições e oportunidades para a sua recuperação. Há como duvidar disso?

Pois bem; nesse deserto que é a execução penal no país, é com grande alegria que encontrei um Oásis: um juiz verdadeiramente interessado na ressocialização, numa vara sobrecarregada, com poucos recursos e que até pouco tempo atrás era um modelo de tudo que não deveria ser uma Vara de Execuções Criminais: a de Guarulhos (SP).

Essa descoberta começou quando, após ler o meu livro, esse magistrado, Dr. Jayme Garcia dos Santos Junior, convidou-me para ser um dos jurados do concurso literário da

feira cultural de uma penitenciária da região.

Ao receber os trabalhos para avaliá-los, uma grata surpresa: apesar de alguns conterem erros de gramática e ortografia, a maioria continha sentimento genuíno. Muitos trabalhos emocionantes, vindos de um lugar onde a maioria das pessoas não espera encontrar tamanha sensibilidade – uma prisão, suposto reduto de criminosos empedernidos.

A cerimônia de abertura do evento (o qual dura uma semana) também foi plena de emoção. Começou com um coral de presos cantando orgulhosamente o Hino Nacional. Todos, sem exceção, cantavam empenhados e pareciam muito emocionados.⁽¹⁾

Seguiram-se uma apresentação de bandas, uma (bela) representação de “O auto da compadecida”, depoimentos de egressos daquele estabelecimento que faziam questão de abraçar o magistrado e dizer o quanto a atuação deste tinha sido importante para a sua recuperação. Em quase 20 anos de advocacia criminal, eu nunca tinha visto tamanho vínculo de afeto e gratidão entre um juiz de execução e seus jurisdicionados; quem dera essa fosse a regra e não exceção!

Tanto das apresentações quanto do concurso, os funcionários da penitenciária participaram, pois um dos objetivos do evento é promover a integração entre presos e funcionários.⁽²⁾

Mas o que mais me impressionou não foi isso: afinal, era dia de festa, todos estavam felizes. Mas tive um vislumbre inusitado da vida no presídio em dias “normais” (na medida em que se pode chamar de normal a vida de homens encarcerados).

Explico: dos textos que recebi para julgar, três me causaram uma impressão mais profunda. Após me certificar de que seus autores não tinham advogado constituído, pedi para me entrevistar com eles para ajudá-los no que pudesse. Um deles era claramente inocente e, compreensivelmente, estava amargurado por estar ali.⁽³⁾

A conversa com os outros dois, no entanto, foi significativa. Um deles, frequentador habitual de diversas penitenciárias nas últimas duas décadas, e que acabara de obter seu diploma de vidraceiro, disse uma frase que chamou a atenção: “nas outras cadeias, não era como aqui: eu entrava, ‘pagava’ o meu tempo e saía; se fosse como aqui eu não teria sido preso de novo”. Ou seja: do seu jeito simples, falou uma grande verdade: quando a pena tem caráter meramente punitivo, ela não funciona. Quando é assim, haverá reincidência em grande parte dos casos.

O outro disse que abandonara os estudos muito cedo, mas voltara a estudar ali; classificou a penitenciária como a sua “faculdade”.⁽⁴⁾

Muito obrigada, Dr. Jayme, por não perder o idealismo! A sociedade agradece.

P.s. – fora do Oásis, o clima continua desértico: o mutirão do IDDD (agora batizado de “S.O.S. Liberdade”) descobriu um jovem preso por tentar furtar duas peças de salame. Outro, por tentar furtar livros (e não tem dinheiro para pagar a fiança). Realmente queremos encher nossas prisões com casos assim? É a solução mais sensata? Não há, verdadeiramente, solução melhor?

NOTAS

- (1) Como aponta com perspicácia a advogada Juliana Furukawa, também presente no evento, soa irônico que aqueles que a sociedade se acostumou a ver como “lixo” demonstrem com tanto orgulho seu amor a uma Pátria que os ignora.
- (2) Um dos funcionários, Domingos Dudlei Menetti, é um verdadeiro e talentoso Poeta (com “p” maiúsculo).
- (3) Sim, apesar das garantias constitucionais, ainda se condenam inocentes; espera-se que ele seja absolvido quando for julgada a apelação.
- (4) É importante dizer que essas afirmações foram totalmente espontâneas; não perguntamos absolutamente nada a esse respeito, mas apenas sobre seus processos.

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada.
(aleszafir@uol.com.br)

LANÇAMENTOS



GUILHERME DE SOUZA NUCCI



**Código Penal
Comentado**
11ª edição

GUILHERME DE SOUZA NUCCI
**CÓDIGO PENAL
COMENTADO**

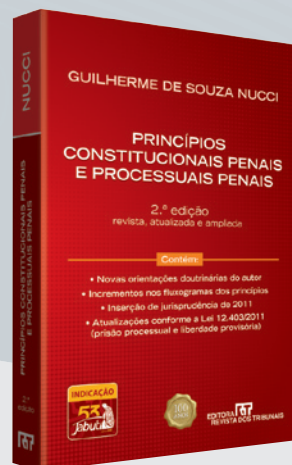
• Estudo integrado com Processo e Execução Penal
• Apresentações Esquemáticas da Matéria

Atualizado com as Leis:
Lei 12.234/2010 (Prescrição retroativa e novo prazo)
Lei 12.403/2011 (Prisão e liberdade provisória)
Lei 12.433/2011 (Remição pelo estudo)
Lei 12.550/2011 (Crime de fraudes a certames de interesse público)
Novas orientações doutrinárias do autor
Jurisprudência atualizada

11ª edição
revisada, atualizada e ampliada

Novidades:

- Estudo integrado com Processo e Execução Penal
- Apresentações Esquemáticas da Matéria
- Atualizado com as Leis:
Lei 12.234/2010 (Prescrição retroativa e novo prazo)
Lei 12.403/2011 (Prisão e liberdade provisória)
Lei 12.433/2011 (Remição pelo estudo)
Lei 12.550/2011 (Crime de fraudes a certames de interesse público)
- Novas orientações doutrinárias do autor
- Jurisprudência atualizada



**Princípios
Constitucionais
Penais e Processuais
Penais**
2ª edição

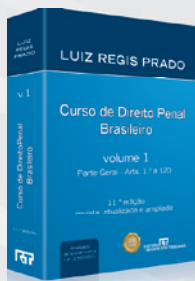
GUILHERME DE SOUZA NUCCI
**PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS PENAIS
E PROCESSUAIS PENAIS**

2ª edição
revisada, atualizada e ampliada

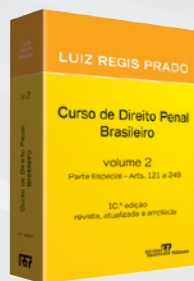
Contém:

- Novas orientações doutrinárias do autor
- Incrementos nos fluxogramas dos princípios
- Inserção de jurisprudência de 2011
- Atualizações conforme a Lei 12.403/2011 (prisão processual e liberdade provisória)

CONHEÇA TAMBÉM:



**Curso de Direito
Penal Brasileiro V.1,**
11ª edição
Luiz Regis Prado



**Curso de Direito
Penal Brasileiro V.2,**
10ª edição
Luiz Regis Prado



**Curso de Direito
Penal Brasileiro V.3,**
8ª edição
Luiz Regis Prado



**Curso de Direito Penal
Penal – Parte Geral,**
4ª edição
René Ariel Dotti



Diálogo das Fontes,
Coord.: Claudia Lima
Marques

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

Endereços completos em: www.livrariart.com.br/lojas

SÃO PAULO • São Paulo • Itu • RIO DE JANEIRO • Rio de Janeiro • Niterói • Campos dos Goytacazes • Petrópolis • Barra Mansa • Nova Friburgo • MINAS GERAIS • Belo Horizonte • PARANÁ • Curitiba • Apucarana • Campo Mourão • Cascavel • Foz do Iguaçu • Fórum Estadual • Francisco Beltrão • Londrina • Maringá • Paranavai • Pato Branco • Ponta Grossa • Umuarama • SANTA CATARINA • Florianópolis • Chapecó • Criciúma • Joinville • DISTRITO FEDERAL • Brasília • GOIAS • Goiânia • Anápolis • Rio Verde • PERNAMBUCO • Recife • ALAGOAS • Maceió



EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS