

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

STJ E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: MAIS UMA IMPORTANTE DECISÃO

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu, no último dia 7 de junho, a nulidade da ação controlada, bem como dos monitoramentos telefônico e telemático realizados por agentes da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN no âmbito da denominada “Operação Satiagraha”, que investigou, dentre outros, o banqueiro Daniel Dantas por supostas práticas de corrupção ativa e crimes financeiros. As investigações já haviam dado ensejo a uma ação penal, na qual fora proferida sentença condenatória em primeira instância.

A relevância de tal julgamento merece ser destacada, pois o Tribunal, mais uma vez, afirmou a imprescindibilidade de respeitarem-se as delimitações constitucionais e legais na investigação criminal, não sucumbindo ao canto da sereia que clamava, insistentemente, por punição, ainda que ao custo de violação de direitos fundamentais.

A participação de agentes da ABIN na investigação foi considerada ilegal, pois a agência não tem atribuição prevista em lei para tais atividades. Sua função, nos termos da lei que a criou (Lei n. 9.883, de 7 de dezembro de 1999), consiste em integrar as ações de planejamento e execução das atividades de inteligência do País, com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional. Deve-se notar que não se tratou de mero compartilhamento de informações entre autoridades públicas, o qual vem sendo autorizado por muitos juízes. Houve, no caso, participação ativa e efetiva, nas investigações, dos agentes da ABIN, que teriam atuado, ainda, sem qualquer autorização judicial ou formalização. O relator também considerou ilegal a contratação e atuação direta de um investigador particular, agente aposentado do antigo SNI.

A corajosa decisão aplicou a velha lição sobre o princípio da legalidade: se, de um lado, no âmbito privado, a liberdade é a regra (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), de outro, os entes da administração pública somente podem atuar nos termos autorizados por lei. Na esfera da investigação policial, é ainda mais determinante a aplicação de tal princípio, já que direitos individuais estão em jogo. Nessa linha, muito embora o inquérito policial tenha natureza inquisitória, não resta afastada a aplicação dos princípios da legalidade, da impessoalidade e do respeito às formas e regras da investigação, dentre outros.

Outro aspecto relevantíssimo da decisão consistiu em deixar claro que agentes externos aos quadros das instituições incumbidas das tarefas de

Polícia Judiciária não podem ter acesso a informações protegidas por sigilo. Tendo em vista que os agentes da ABIN teriam atuado no monitoramento e análise de dados colhidos nas interceptações telefônicas e telemáticas, acabaram por acessar elementos extremamente sensíveis da investigação criminal, quais sejam, aqueles que resultam de uma limitação aos direitos fundamentais da intimidade e privacidade. Conforme o Superior Tribunal de Justiça já delinear em outras ocasiões, medidas como a interceptação telefônica, a interceptação telemática e a quebra de sigilo bancário consistem em exceções constitucionalmente previstas ao exercício dos mencionados direitos fundamentais. Nessa linha, apenas podem ser restringidos nos estritos parâmetros traçados pela Constituição e pelas leis correspondentes – o que significa não apenas que somente podem ser decretadas por juiz competente, diante dos requisitos legais, mas também que, durante a execução das medidas, devem ser observados as formalidades e o sigilo que envolvem as informações decorrentes das interceptações.

Como consequência, o STJ reconheceu a nulidade de todos os elementos produzidos com participação de agentes da ABIN e já declarou a contaminação da prova subsequente, seguindo a teoria dos frutos da árvore envenenada. O Ministro **Jorge Mussi**, quando do julgamento, chegou a afirmar que “*se a prova é natimorta, deve-se passar desde logo o atestado de óbito, para que não seja usada contra nenhum cidadão*”. A inadmissibilidade da prova ilícita já havia sido sublinhada pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça em julgamento proferido por sua Sexta Turma, no qual declarou nulas as provas da apelidada “Operação Castelo de Areia”, em que a quebra de sigilo telefônico fora determinada com base somente em denúncia anônima. Essa consequência, que pode ser considerada radical à primeira vista, é absolutamente essencial para evitar o estímulo à produção de prova ilícita decorrente da possibilidade de se aproveitá-la, de alguma forma, no processo penal.

Infelizmente, muitos lamentaram a decisão, afirmando que ela reforçaria, na população, o sentimento de impunidade. Entretanto, nossos juízes e tribunais existem não para coibir sentimentos de impunidade, mas, sobretudo, para garantir a concretização da justiça, que, definitivamente, não se faz por meio da violação de direitos e garantias constitucionais, seja de quem for. E, se o objetivo é combater a impunidade, deve-se iniciar tal tarefa por meio de uma investigação que siga os ditames constitucionais e legais. Nesse sentido, a decisão do STJ foi exemplar.

• EDITORIAL: STJ E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: MAIS UMA IMPORTANTE DECISÃO	1
• HIPÓTESES LEGAIS DE JULGAMENTO PREFERENCIAL Rui Stoco e René Ariel Dotti	3
• MEDIDAS CAUTELARES Antonio Scarance Fernandes.....	6
• O PERIGO DA MORALIDADE COMO BEM JURÍDICO PENAL Leonardo Schmitt de Bem	8
• A (NOVA) SÚMULA 471 DO STJ E A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME. Mateus Marques.....	9
• A LEI N. 12.403/11 E A INAFIANÇABILIDADE NA VISÃO DO STF. REFLEXÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO ART. 310 DO CPP Renato Marcão.....	10
• RISCO NUCLEAR Eduardo Saad-Diniz.....	12
• CRIMINOLOGIA CULTURAL: UMA INTRODUÇÃO Álvaro Filipe Oxley da Rocha.....	14
• A PROPÓSITO DO CONCEITO DEFINITORIAL DE CRIME Paulo Queiroz.....	15
• EM DEFESA DO TRIBUNAL POPULAR Fábio Tofic Simantob.....	16
• COM A PALAVRA, O ESTUDANTE OFENSIVIDADE EM DIREITO PENAL: REVISITANDO O CONCEITO DE BEM JURÍDICO A PARTIR DA TEORIA DO RECONHECIMENTO Vinicius Gomes de Vasconcellos.....	18
CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA	
O DIREITO POR QUEM O FAZ	
• EXECUÇÃO PENAL. SAÍDA TEMPORÁRIA. VISITA A AGENTE RELIGIOSO. POSSIBILIDADE.	1473
EMENTAS	
• Supremo Tribunal Federal	1474
• Superior Tribunal de Justiça	1474
• Superior Tribunal Militar.....	1475
• Tribunais Regionais Federais.....	1475
• Tribunais Regionais Eleitorais.....	1476
• Tribunais de Justiça.....	1477

Curso de Pós-graduação A Doutrina Geral da Infração Criminal Revisitada

Curso em parceria
com a Faculdade
de Direito da
Universidade de
Coimbra

04.08 a 29.10.11

Realização:

IBCCRIM e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O Curso representa mais um passo no processo de aproximação entre o Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Além do Curso de Direito Penal Económico, realizado a cada dois anos em São Paulo, o IDPEE e o IBCCRIM, com a participação de conhecidos professores portugueses e brasileiros, convidam agora os profissionais do direito para uma nova visita aos conceitos fundamentais da infração criminal e das consequências jurídicas dela decorrentes.

Inscrições abertas

www.ibccrim.org.br

realização



patrocínio



HIPÓTESES LEGAIS DE JULGAMENTO PREFERENCIAL

Rui Stoco e René Ariel Dotti

1. Introdução

Existe um círculo vicioso na prestação jurisdicional nos mais diversos níveis de atuação estadual e federal. Além do atendimento rotineiro em matéria civil, administrativa e criminal, houve o aumento crescente das demandas, resultante da ampliação dos direitos e das garantias individuais a partir da Constituição (CF) de 1988 e do progresso social, econômico e cultural do país, sem correspondência com as possibilidades humanas e materiais de atendimento. A *carga oceânica* de processos que é despejada todos os dias nas mesas de trabalho dos magistrados é, sem dúvida, expressão de vitalidade no exercício da cidadania. Mas, por outro lado, não se pode exigir maior celeridade e eficácia nas decisões se a União e as unidades federativas não oferecem as condições adequadas para equilibrar o fenômeno entre o pedido e a satisfação de direitos e interesses. Ao contrário. Estatísticas confiáveis demonstram que quase 80% (oitenta por cento) dos processos que chegam aos tribunais superiores são oriundos de entes públicos federais na condição de autores e réus.

É preciso, porém, destacar que as pautas das cortes judiciárias em geral estão congestionadas, também, pelos inúmeros e procrastinatórios recursos manejados pelo poder público, principalmente para adiar, tanto quanto possível, o cumprimento de suas obrigações, entre elas a de pagar as verbas de indenização determinadas pelo Judiciário.

A prisão do jornalista Pimenta Neves no mês de maio, após onze anos da condenação por homicídio pelo Tribunal do Júri, em São Paulo, esgotados todos os recursos da defesa, foi matéria de grande repercussão nos meios de comunicação com o destaque da demora do julgamento dos recursos exercidos como direito e garantia constitucional.

O excesso de prazo para o julgamento dos recursos em outros crimes graves como o roubo seguido de morte, a extorsão e o sequestro não suscitou nenhuma reação social por uma razão muito simples: os condenados já estavam recolhidos por força de prisão em flagrante ou prisão preventiva.

2. A PEC do Senado Federal nº 15, de 2011

Além das manifestações da mídia e alguns setores da comunidade jurídica reafirmando, sistematicamente, as denúncias da impunidade associada à liberdade de réus já condenados a penas graves, surgiram propostas de limitação ao exercício dos recursos que a Constituição assegura aos acusados em geral em processo judicial ou administrativo e como garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV).

O ponto alto desse movimento adveio com a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) do Senado Federal nº 15 de 2011, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias. Em outras palavras: antes da exaustão dos recursos junto aos tribunais superiores a de-

cisão de segundo grau transitada em julgado terá, desde logo, força executiva. Não mais haverá, em matéria criminal o efeito suspensivo da decisão condenatória resultante da admissão do recurso extraordinário ou especial, ou da interposição do agravo de instrumento se não houver o juízo de admissibilidade.

Essa generosa orientação, que cumpre o princípio da presunção de inocência até o uso de todos os recursos criminais previstos na CF e no Código de Processo Penal (CPP), tem sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como se poderá verificar pela decisão unânime no *Habeas Corpus* (HC) nº 79.812-8 (SP). Do voto do relator, Ministro **Celso de Mello**, se extrai a seguinte passagem: *“Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado, ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário”*.⁽¹⁾

A PEC nº 15 foi apresentada pelo Senador **Ricardo Ferraço** atendendo orientação do Ministro **Cezar Peluso**. Na justificativa do *disegno di legge* o referido parlamentar se reporta a uma entrevista do presidente do STF concedida ao jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 28 de dezembro de 2010.

Em síntese: os recursos extraordinário e especial seriam convertidos em ação rescisória extraordinária e ação rescisória especial, *“como forma de evitar que a remessa dos casos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao STF seja utilizada como mero expediente de dilação processual. Com a transformação desses recursos em ações rescisórias, as decisões das cortes inferiores poderiam transitar em julgado, independentemente do prosseguimento da discussão no STJ ou no STF. Assim, poderiam ser promovidas execuções definitivas e a satisfação do direito material das partes seria feita mais celeremente do que só ocorrer hoje em dia. Ademais, para se evitar a multiplicação de ações rescisórias dependentes de julgamento, poder-se-ia manter os demais critérios de repercussão geral válidos para o STF, bem assim abrir possibilidade semelhante quanto às ações rescisórias que o STJ viria a julgar em substituição ao recurso especial”*.⁽²⁾

Se o fundamento acima exposto pode, em princípio, ser aplicável a todas as causas não criminais o mesmo não se poderá dizer relativamente àquelas que tratam da liberdade individual. É óbvio que o réu condenado à pena de prisão não procura bater às portas dos tribunais superiores por mero capricho ou como *“mero expediente de dilação processual”*, expressão pejorativa utilizada na exposição de motivos.

É elementar que no âmbito do Direito Civil, Administrativo, Tributário ou de outra natureza,



(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

ASSESSORES DA PRESIDÊNCIA:

Adriano Galvão

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 Luís Marques da Silva

BOLETIM: Fernanda Regina Vilares

COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS:

Adriano Galvão

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

CORRETOR DOS TRABALHADOS 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

15º CONCURSO IBCCRIM DE MONOGRAFIAS DE

CIÊNCIAS CRIMINAIS: Diogo Rudge Malan

17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Alberto

Pires Mendes

a procedência da ação rescisória extraordinária ou especial poderá restaurar, *in these*, o direito negado pela decisão anterior com a reposição de valores financeiros pelos danos materiais e morais. O mesmo não ocorre, todavia, com a execução da condenação criminal proferida em única ou última instância que tenha transitado em julgado. Com efeito, a rescisória não devolverá ao recorrente os minutos, as horas, os dias e até mesmo os anos do período em que esteve preso.

3. A Proposta de Julgamento Preferencial

Muito tempo antes da proposta de concepção do trânsito em julgado antecipado pela PEC nº 15, os autores do presente artigo preocupados com a repercussão negativa da demora no julgamento dos recursos conceberam hipóteses de preferência dos mesmos quando o réu for condenado à pena de reclusão superior a 8 (oito) anos⁽³⁾. A reflexão mais detalhada acerca da inovação levou os signatários a ampliar, mediante anteprojeto, essa possibilidade para determinados sujeitos. Para permitir a eficácia da nova orientação positiva, redigiram-se, também, regras de procedimentos perante os tribunais.

4. A Exposição de Motivos do Anteprojeto

O texto do anteprojeto, dando nova redação ao art. 612 do CPP, foi encaminhado ao Deputado **Régis de Oliveira**, acompanhado de uma Exposição de Motivos com a seguinte redação:

“1. A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe relevantes alterações para o funcionamento do sistema judiciário brasileiro visando, entre outros objetivos, eliminar a tormentosa demora de uma infinidade de processos. Em mais de uma oportunidade o texto reafirma tal propósito, como se verifica pelo inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Essa proclamação de esperança tem apoio em normas de direito interno e estrangeiro sobre o cumprimento dos prazos para a prática de atos administrativos e judiciais.

A efetividade das decisões judiciais pressupõe a sua eficácia temporal, vale dizer, a prestação jurisdicional em tempo razoável.

2. Em artigo para uma coletânea de homenagem publicada há 26 anos, o mestre **José Carlos Barbosa Moreira** lamenta a excessiva demora dos processos e afirma que o fenômeno tem causas tão complexas e mal individuadas nos respectivos pesos pela carência de estatísticas judiciárias que “*seria ambição vã querer*

encontrar no puro receituário processual, remédio definitivo para a enfermidade”.⁽⁴⁾ E passa a arrolar algumas delas: “*falhas da organização judiciária, deficiência na formação profissional de juízes e advogados, precariedade das condições sob as quais se realiza a atividade judicial na maior parte do país, uso arraigado de métodos de trabalho obsoletos e irracionais, escasso aproveitamento de recursos tecnológicos*”.⁽⁵⁾

3. No quadro das Declarações de Direitos, é relevante indicar:

a) A Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948), estabelece que “*todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei*” (art. VIII);

b) A Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950), dispõe que toda pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada com equidade e num prazo razoável (art. 6º);

c) O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) estabelece que toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, entre outras garantias mínimas, “*a ser julgada sem dilações indevidas*” (art. 14, nº 3)

d) A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica – 1969), declara em favor de toda pessoa acusada de um fato delituoso ou interessada na solução de questão civil, trabalhista, fiscal ou de outra natureza, o “*direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal, competente, independente e imparcial, (...)*” (art. 8º).

4. A dúvida sobre a *razoabilidade* ou não do tempo de julgamento é resolvida pela orientação da jurisprudência. Quanto a este aspecto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos recomenda três indicadores para orientar a decisão no caso concreto: 1º) a natureza da ação; 2º) a conduta das partes; 3º) a atuação da autoridade ao examinar a matéria.⁽⁶⁾ Esse conceito de razoabilidade foi firmado pela Corte Européia de Direitos Humanos (conhecida como “Convenção de Roma” e subscreta em 4 de novembro de 1950), em Estrasburgo, no recurso *Guillemin x França*, em 21.02.1997, com o seguinte enunciado: “O caráter razoável da duração de um processo se avalia segundo as circunstâncias da causa, que demanda a ocorrência de uma avaliação abrangente e tendo em vista os critérios consagrados pela jurisprudência da Corte, em particular da complexidade da

causa, o comportamento dos recorrentes e das autoridades competentes”.

Mas o art. 6º, § 1º da CEDH já estabeleceu uma regra geral, aplicável aos processos de qualquer natureza, assim dispondo:

“Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja ouvida com justiça, publicamente, e dentro de um prazo razoável por um Tribunal independente e imparcial estabelecido pela Lei, que decidirá sobre os litígios sobre seus direitos e obrigações de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

5. Em modelos constitucionais estrangeiros, a Carta Política de Portugal estabelece que “*o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, inclusive o recurso*” (art. 32º, 1). E, ao proclamar que “*todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação*”, o mesmo dispositivo encerra com uma proclamação de princípio: “*...devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*” (art. 32º, 2). Igualmente a Constituição espanhola declara como direito fundamental do cidadão a obrigação estatal de observar limites de tempo no processo criminal. A regra geral prevê o direito em favor dos acusados “*a um proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías*” (art. 24 nº 2). A prisão preventiva não poderá durar mais que o tempo estritamente necessário para a realização das investigações tendentes ao esclarecimento dos fatos. Em qualquer caso, no prazo máximo de setenta e duas horas o detido deverá ser posto em liberdade ou à disposição da autoridade judicial (art. 17 nº 2).⁽⁷⁾

Essas prescrições de garantia individual poderiam ser invocadas antes do advento da EC nº 45, com base na cláusula salvatória do § 2º do art. 5º de nossa lei fundamental.⁽⁸⁾ Mas certamente não teriam a mesma carga de persuasão como a tem o preceito ora positivado.

6. A cláusula de garantia sobre a razoável duração do processo seria vazia se não houvesse o complemento vinculante: “*e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”. Tais meios podem ser administrativos (maior número de magistrados e serventuários; procedimentos regimentais, etc.) ou legais com a inclusão e ou alteração de textos legais, eliminando ou suprimindo fórmulas barrocas que durante todo o tempo de vigência do Código geraram muros de resistência contra a celeridade.

7. A proposta legislativa de que ora se cuida visa atender situações decorrentes da natureza do procedimento, da conjuga-

COORDENADORIAS REGIONAIS
1ª REGIÃO (AC, AM E RR)

Luis Carlos Valois

2ª REGIÃO (MA E PI)

Roberto Carvalho Veloso

3ª REGIÃO (RN E PB)

Oswaldo Trigueiro Filho

4ª REGIÃO (AL E SE)

Daniela Carvalho Almeida da Costa

5ª REGIÃO (ES E RJ)

Márcio Barandier

6ª REGIÃO (DF, GO E TO)

Pierpaolo Bottini

7ª REGIÃO (MT E RO)

Francisco Afonso Jawsnicker

8ª REGIÃO (RS E SC)

Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS
1ª ESTADUAL (CE)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

2ª ESTADUAL (PE)

André Carneiro Leão

3ª ESTADUAL (BA)

Wellington César Lima e Silva

4ª ESTADUAL (MG)

Felipe Martins Pinto

5ª ESTADUAL (MS)

Marco Aurélio Borges de Paula

6ª ESTADUAL (SP)

João Daniel Rassi

7ª ESTADUAL (PR)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

8ª ESTADUAL (AP)

João Guilherme Lages Mendes

9ª ESTADUAL (PA)

Marcus Alan de Melo Gomes

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilares

COORDENADORES ADJUNTOS:

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

 "A relação completa dos colaboradores do *Boletim do IBCCRIM* encontra-se em nosso site".

PRODUÇÃO GRÁFICA:

Ameruso Artes Gráficas - (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

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

 "O *Boletim do IBCCRIM* 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 IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL
Seções:

Telefonista	0
Associação, pagamentos, recebimento de materiais	2
Cursos, Seminários, Publicações	3
Pós-Graduação, Laboratório	
Mesa de Estudos e Debates	4
Biblioteca	5
Site	6
Comunicação e Marketing	7
Núcleo de Pesquisas	8
Diretoria e Presidência	9
www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e boletim@ibccrim.org.br	

ção dos interesses público e privado ou da condição pessoal da parte.

8. O procedimento do *writ of habeas corpus*, pela sua natureza de instrumento constitucional de maior garantia individual, como revela advérbio de tempo *sempre* em sua previsão (CF. art. 5º, LXVIII), tem na redação do próprio Código de Processo Penal um encaminhamento burocrático e uma decisão urgentes (art. 649 e 656) com sanções contra autoridade ou seu agente pelo embaraço ou procrastinação da expedição da ordem (art. 655).
9. As ações penais originárias também justificam maior celeridade porque são instauradas contra pessoas que detém prerrogativa de foro em razão da função. Há o interesse público de conduzir o procedimento dentro dos limites de brevidade quando, por exemplo, a prerrogativa resulta de um mandato eletivo cujo exercício é temporário. Atualmente, a falta da preferência tem ocasionado sensível prejuízo à administração da Justiça quando, extinto o mandato pelo seu cumprimento, o processo é remetido ao primeiro grau de jurisdição em face da revogação da Súmula STF nº 394.
10. O réu preso tem as garantias constitucionais e legais previstas para o preso em geral: respeito à integridade física e moral; comunicação imediata da prisão; relaxamento imediato da prisão ilegal; garantia da liberdade quando couber fiança, etc. A preferência ora estabelecida formalmente já é prevista em Regimentos Internos de diversas Cortes de Justiça, com a franquia do art. 618 do Código de Processo Penal.
11. Os meios de comunicação tem, reiteradamente, criticado o Poder Judiciário quando determinados crimes de repercussão social ou popular provocam o interesse midiático – com suas notórias repercussões – ainda não foram julgados ou condenados os seus autores pelo Tribunal do Júri ou outro órgão, permanecem em liberdade até a decisão do último recurso. Surgem, então, as mais equivocadas propostas como a do endurecimento da lei penal como se o fenômeno da demora não fosse de índole estritamente processual. O desgaste resultante dessa situação afeta não somente o Poder Judiciário como também o prestígio da lei penal. O limite mínimo da pena de reclusão para justificar a preferência está em harmonia com a regra do art. 33, § 2º, *a* do Código Penal. A quantidade penal é característica de crimes graves, justamente os que provocam reações populares quando o condenado permanece em liberdade aguardando julgamento dos recursos cabíveis.
12. A prioridade para o idoso é uma das injunções constitucionais e legais. A *lei fundamental* (art. 230) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) contém normas adequadas de proteção às pessoas com idade igual, ou

superior a 60 (sessenta) anos. Um dispositivo bem elucidativo é o terceiro, *in verbis*: "É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária". (art. 3º e parágrafo único, inciso I).

13. Finalmente, os §§ 1º e 2º do art. 612, na redação proposta, buscam dar efetividade ao comando contido no *caput* do artigo e atender à necessidade de criação de câmaras ou turmas de julgamento especializadas, como já vem ocorrendo em inúmeros tribunais do País."

5. O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3.789, de 2008

O anteprojeto, já convertido no Projeto de Lei nº 3.789, de 2008, foi relatado pelo deputado **Roberto Magalhães**, em 28 de novembro de 2008, que votou "*pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa*" e, no mérito, pela aprovação, na forma do Substitutivo, com a seguinte redação:

PROJETO DE LEI Nº

Dá nova redação ao art. 612 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. O art. 612 do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal passa a ter a seguinte redação:

Art. 612. Terão preferência de julgamento e deverão ser julgados na primeira sessão:

I – os pedidos originários e os recursos de *habeas corpus*;

II – as ações penais originárias;

III – os recursos em ações penais com réus presos;

IV – os recursos em ações penais nas quais o réu tenha sido condenado à pena privativa de liberdade por tempo superior a 8 (oito) anos;

V – os recursos em ações penais em que houver réu com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

§ 1º - Nas hipóteses dos incisos I, II, III e IV, os tribunais com mais de 30 (trinta) integrantes poderão criar Câmaras ou Turmas especiais para julgamento dessas causas.

§ 2º - Em todas as hipóteses do *caput* deste artigo os autos deverão ser conclusos ao relator sorteado em, no máximo, 48 (quarenta e oito) horas após a distribuição.

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, ____ de ____ de 200__.

6. A aprovação do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3.789, de 2008

Aprovado o Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, a Mesa Diretora fez a remessa do Projeto ao Senado Federal em 23 de junho de 2009, por meio do Ofício nº 707/09/OS-GSE.

NOTAS

- (1) RT 788/520, plenária.
- (2) <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/88428.pdf>
- (3) Critério adotado em harmonia com o art. 33, §2º, a, do Código Penal (CP).
- (4) "Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo", em *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo: Saraiva, 1982,

- p. 207.
- (5) Ob. e loc. cit.
 - (6) A respeito de precedentes de jurisprudência e outras Declarações de Direitos, vide o alentado artigo da Professora **Danielle Annoni**, da Universidade Federal de Santa Catarina, "A excessiva duração do processo penal para o Direito Internacional dos Direitos Humanos", na coletânea *Direitos Humanos e Ciências Penais*, Revista Jurídica da UDC, vol. 1, nº 1, Curitiba: Juruá, 2004, p. 95 e s.
 - (7) Sobre o tema e, em especial a orientação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a posição da doutrina espanhola, vide **Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovezan**, *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, São Paulo: RT, 2000, nota de rodapé, p. 243.
 - (8) "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

MEDIDAS CAUTELARES

Antonio Scarance Fernandes

A Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, alterou bastante o regramento das medidas cautelares pessoais no processo penal nacional. O momento é de conhecimento das principais mudanças havidas e das questões já levantadas. Para uma visão inicial e panorâmica dessas modificações, pode-se separá-las em cinco grandes partes.

A primeira abriga as mudanças nas normas gerais da cautelaridade pessoal, contidas nos atuais artigos 282, 283, 289, 299, 300 e 306.

O artigo 282 traz os critérios gerais da nova regulamentação. Assim, com base em aplicação concreta do princípio da proporcionalidade, devem ser observados os requisitos da necessidade e da adequação. A medida cautelar deve ser necessária, diz o dispositivo (inciso I), para aplicação da lei penal, investigação criminal ou instrução criminal, e nos casos expressamente previstos para evitar a prática de infrações penais. Ainda, completa ele (inciso II): a medida deve ser adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. Para essa adequação, a prisão preventiva deve ser considerada a última *ratio*, somente sendo aplicável quando outras medidas não sejam indicadas.

O juiz terá largo grau de maleabilidade na sua atuação. Pode escolher, em um rol, a medida ajustada ou, até mesmo, mais de uma delas, e, em caso de descumprimento daquela elegida, realizar substituições, impor outra em cumulação ou decretar a prisão preventiva (§ 4º).

A aplicação de uma medida cautelar será, agora, precedida da intimação da parte contrária, que poderá se manifestar sobre o requerimento ou a representação. Isso não será observado nos casos de urgência ou de

perigo de ineficácia da medida. A providência é novidade (§ 3º). Representa fortalecimento do contraditório, mas o faz com comedimento de modo a não tornar inócua a medida a ser imposta.

Fica esclarecido no artigo 283 que, no país, as pessoas só podem ser presas por prisão em flagrante, prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, respeitando-se, assim, o princípio da presunção de inocência e confirmando-se a mudança de 2008 no sentido de que a prisão não pode ser imposta como condição de recurso. Por outro lado, a decretação de prisão ou aplicação de outra medida somente será possível em caso de infrações que cominem de alguma forma pena privativa de liberdade (§ 1º).

Os artigos 289, 299, 300 e 306 cuidam da efetivação da prisão, da realização da captura, da colocação dos presos provisórios e dos militares presos em flagrante em locais adequados, da comunicação do local da prisão, do encaminhamento do auto de prisão em flagrante e da entrega da nota de culpa. Não representam, contudo, relevantes alterações no ordenamento.

A segunda parte da reforma diz respeito às mudanças no tratamento da prisão em flagrante. A alteração mais relevante foi a de exigir que o juiz de maneira fundamentada, ao receber o auto de prisão em flagrante, profira uma das seguintes decisões: relaxamento

Rui Stoco

Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça no período 2007/2009.

Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná.

Membro da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal de 2000 e redator do projeto do Júri (Lei nº 11.689/2008).

René Ariel Dotti

Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná.

Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados (2007).

Presidente da comissão da OAB para exame, sugestões e emendas ao projeto de novo CPP.

Ex membro de comissões de reforma parcial do CPP.

da prisão ilegal, conversão da prisão em flagrante em preventiva, concessão de liberdade provisória com ou sem fiança. Anteriormente resolução do Conselho Nacional de Justiça já exigia que o juiz proferisse tais decisões, agora

essa exigência está no Código de Processo Penal.

Questiona-se sobre a dificuldade do juiz em decidir somente com os dados do auto de prisão em flagrante. Será importante que a polícia apresente melhor o auto, fornecendo elementos ao juiz. Ainda, até mesmo para melhor atuação do contraditório, é interessante que se ouça, em prazo curto, o Ministério Público e a defesa antes de ser proferida a decisão de conversão da prisão em flagrante em preventiva.

A previsão do inciso III do artigo 310 de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança suscita alguma dúvida quando vista em face do conjunto das alterações. O Código agora prevê medidas cautelares diversas da prisão. A

própria fiança constitui uma dessas medidas. O juiz deve, por ocasião do recebimento do auto de prisão em flagrante, se não converter a prisão em preventiva, verificar se é viável impor uma ou mais das outras medidas cautelares. Pelo que dispõe o artigo 321, o juiz, ao conceder liberdade provisória, imporá a medida cautelar, se for o caso. Não é obrigatória tal imposição.

Outro aspecto interessante é o de que no parágrafo único do artigo 310 prevê-se, em casos de provável ocorrência de alguma

O juiz terá largo grau de maleabilidade na sua atuação. Pode escolher, em um rol, a medida ajustada ou, até mesmo, mais de uma delas, e, em caso de descumprimento daquela elegida, realizar substituições, impor outra em cumulação ou decretar a prisão preventiva (§ 4º).

excludente de ilicitude, a possibilidade de concessão de liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais. Essa imposição não é obrigatória, por força do que consta do artigo 321.

Permanece a dificuldade em saber qual o caminho a ser seguido em caso de prisão em flagrante por crimes hediondos e assemelhados. Conforme escrevemos no livro sobre Processo Penal Constitucional, para ser dada vigência efetiva à regra da Constituição Federal que prevê a inafiançabilidade desses crimes, sem tornar obrigatória a manutenção da prisão porque haveria afronta ao princípio da presunção de inocência, uma solução razoável seria a de o juiz, quando não for caso de conversão em prisão preventiva, impor alguma medida cautelar mais grave do que a fiança, como, por exemplo, as medidas de monitoramento eletrônico, de recolhimento domiciliar, de suspensão de função pública ou atividade econômica.

A terceira parte engloba as mudanças referentes à prisão preventiva. Mantêm-se, no artigo 312, as hipóteses de prisão preventiva. O artigo 313 contém alterações. Assim, a prisão preventiva somente poderá ser decretada em crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos. Quando se tratar de pessoa já condenada por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, não haverá necessidade de se observar os 04 (quatro) anos, mas deverá ser crime a que se comine pena privativa de liberdade.

O inciso III permite prisão preventiva quando há descumprimento de medida de urgência em casos de violência doméstica e familiar. Suscita interessantes reflexões. A referência a violência doméstica e familiar contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência alargou o âmbito da lei de violência doméstica? Basta o descumprimento da medida de urgência para decretação da preventiva? O juiz deve assentar a prisão nesse descumprimento e em uma das hipóteses do artigo 312, enquadrando-se a situação possivelmente na necessidade de prisão para garantir a ordem pública a fim de evitar a reiteração criminosa ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Surgem novas hipóteses de preventiva. Uma delas é a do parágrafo único do arti-

go 313; ocorre quando há dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou ela não fornece elementos suficientes para esclarecê-la. Trata-se de prisão especial. Incide sobre a pessoa suspeita. Ela será colocada em liberdade imediatamente após a sua identificação, salvo se for cabível outra medida ou for o caso de decretação de outra prisão preventiva. Medida semelhante já existia na lei da prisão temporária, prevista no artigo 1º, inciso II. A nova prisão é preventiva e é aplicável a qualquer tipo de crime, enquanto a anterior é temporária e aplicável aos crimes arrolados na lei respectiva.

Outra prisão preventiva é a decorrente do descumprimento de outra medida cautelar. Esta hipótese suscita dúvida. Indaga-se se, para a sua decretação, será necessário observar a previsão do artigo 312 ou basta o simples descumprimento de outra medida cautelar. A nossa primeira impressão foi de que seria necessário observar as regras do artigo 312. Todavia, se ocorrer uma das hipóteses do artigo 312, a prisão preventiva já deveria estar decretada, não sendo imposta outra medida cautelar. Assim, se trata de prisão cuja finalidade é assegurar a efetividade das demais medidas cautelares.

Ainda sobre a prisão preventiva, há a possibilidade de ela ser convertida em prisão domiciliar, conforme artigos 317 e 318. As hipóteses previstas no artigo 318 levam em conta a velhice do acusado (pessoa maior de 80 (oitenta) anos), a sua saúde (pessoa extremamente debilitada por doença grave), o fato de o acusado ou acusada ter criança ou pessoa com deficiência sob seus cuidados ou o fato de a acusada ser gestante, no sétimo mês de gravidez. A substituição deve ser precedida de prova idônea. Importa, aqui, equilíbrio na aplicação da nova medida, principalmente na hipótese de o acusado ou acusada ter sob seu cuidado criança até seis anos de idade. É preciso verificar, com cautela, se a substituição é realmente necessária.

A quarta parte das mudanças diz respeito às medidas cautelares pessoais diferentes da prisão preventiva. O rol dessas medidas está no artigo 319. A primeira exige o comparecimento periódico em juízo; é a mais tênue. As três seguintes contemplam proibições impostas ao acusado, de acesso ou frequência a determinados lugares, de manter contato com

pessoa determinada e de ausentar-se da comarca. A quinta hipótese é de recolhimento domiciliar, a sexta de suspensão de exercício de função pública ou de atividade econômica, a sétima de internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável que comete crime com violência ou grave ameaça. As duas últimas são: fiança e monitoração eletrônica. A proibição de ausentar-se do país estava prevista inicialmente no rol do artigo 319 e foi retirada durante a tramitação do projeto, mas continua possível porque está prevista no artigo 320 e porque se enquadra na proibição de o acusado ausentar-se da comarca.

Esse rol de medidas constituiu importante mudança, pois retira o juiz dos limites estreitos da prisão preventiva ou da liberdade provisória com a única obrigação de comparecimento aos atos do processo. A nova sistemática ocasionará dificuldades na sua aplicação ante a falta de maior regulamentação. A questão já existente é a de saber até quando poderão permanecer as medidas impostas. Na inexistência de disciplina a respeito deve-se, em princípio, seguir as normas sobre prisão preventiva e fiança. Em princípio, a medida pode perdurar até a sentença, se antes nada justificou a sua revogação ou substituição e, na sentença, se condenatória, deve o juiz resolver sobre a continuidade da medida, como, aliás, prevê o artigo 387, parágrafo único.

Os valores da fiança foram alterados e poderão ser muito elevados, conforme consta do atual artigo 325. O valor poderá atingir até 200 (duzentos) salários mínimos e ser aumentado em até 1.000 (mil) vezes.

Agora, os casos de inafiançabilidade são somente os da Constituição Federal.

Por fim, houve a criação de um Cadastro Nacional sobre prisão junto ao Conselho Nacional de Justiça (art. 289, a). Trata-se de medida interessante porque permite melhor controle e conhecimento dos mandados de prisão expedidos no país.

Antonio Scarance Fernandes

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo – USP. Procurador de Justiça aposentado. Membro Fundador e Presidente do ASF – Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal. Fundador e Coordenador do Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas – ASF Cursos e Eventos. Consultor jurídico e parecerista em matéria criminal.

PARTICIPE POR ACREDITAR

2º SEMESTRE DE 2011 - PÓS-GRADUAÇÃO EM CRIMINOLOGIA
IBCCRIM e PUC/RS

Em breve, informações no Portal IBCCRIM.

O PERIGO DA MORALIDADE COMO BEM JURÍDICO PENAL

Leonardo Schmitt de Bem

Wilfried Bottke, antes de comentar interessante decisão da Corte Constitucional Federal alemã sobre a constitucionalidade do incesto, questionou se a doutrina dever-se-ia corrigir a si mesma por meio de decisões do Tribunal Constitucional. O sentido da pergunta dizia respeito à não proclamação de que um tipo penal só é legítimo para a tutela de bens jurídicos e não para evitar imoralidades, pois no julgado também entendeu-se pela possível proteção penal da moral.⁽¹⁾

Importo seu questionamento, pois o Supremo Tribunal Federal decidiu que no delito de casa de prostituição (art. 229, CP) não se tutela bem diverso à moral e aos bons costumes. Textualmente: "(...) no crime de manter casa de prostituição (...), os bens jurídicos protegidos em benefício de toda a coletividade são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância que, portanto, devem ser resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade (...)"⁽²⁾

Seguindo **Bottke**, será possível legitimar uma incriminação com base unicamente na moral e nos bons costumes? Para responder à pergunta, deve-se considerar que a função da ciência jurídica penal não é somente de controlar criticamente a legislação, mas também de orientar o legislador e, com efeito, o julgador. Os teóricos do Direito Penal não podem somente censurar, mas devem sugerir – não obstante atentos aos riscos de críticas da própria doutrina e do desprezo do legislador – uma fundamentação dos limites do domínio político em matéria de criminalização.

Para **Figueiredo Dias**, não obstante pudesse citar outros penalistas, "não é tarefa do Direito Penal, nem primária, nem secundária, proteger a moral".⁽³⁾ Isso, pois, "impede-se que o Direito Penal se atribua tarefas irrealizáveis como um agente de transformação social".⁽⁴⁾ Muito curioso é que o Ministro **Ricardo Lewandowski** destacou que "considerações de cunho moral não cabem, evidentemente, numa discussão jurídica como esta", mas, mesmo assim, julgou de acordo com a relatora do processo, Ministra **Cármem Lúcia**.

E realmente não cabem, pois se o preceito tutela somente a moral e os bons costumes, para esse objetivo haveria outros e melhores meios do que o Direito Penal. Ademais, considerar que toda a sociedade é beneficiada com a incriminação é sugerir uma sociedade completamente intolerante (o que poderia legitimar a proibição penal da troca de casais, por exemplo), ou seja, é não avaliar que resulta muito duvidoso que seja plausível o recurso a um consenso social sobre a moral e os bons costumes em uma sociedade pluralista e complexa como a atual.

A Ministra relatora fez alusão à reforma legislativa operada pela Lei n. 12.015/09. Pois bem. Com uma atenta leitura, depreende-se a substituição da própria designação do respectivo título atinente aos crimes sexuais. Não se fala

mais em crimes contra os costumes, aqui entendido como o fundamento ético-social ligado aos sentimentos gerais da moralidade sexual, mas em delitos contra a dignidade sexual. Como o fim legislativo é possibilitar que homens e mulheres disponham do próprio corpo da maneira que bem entenderem, enaltecendo-se, portanto, a dignidade sexual, e sem olvidar, por evidente, as condições de realização da conduta, entendo que os julgadores não devem alterar a avaliação legislativa (ou continuar enaltecendo a vontade anterior) sob o pretexto de assegurar as expectativas sociais de "toda" a coletividade, pois, assim, deixam de proteger os verdadeiros bens jurídicos e passam a tutelar apenas a vigência da norma.

Embora estivesse o delito ao qual se reporta a Ministra sob a tipificação prevista no título crimes contra os costumes – enfatize-se, antes da reforma – tem-se que tal concepção confronta um Direito Penal pautado no texto constitucional e que rechaça toda sorte de disposições de cunho moral, pois "são atentatórios ao princípio da dignidade da pessoa humana, e, assim, ao postulado da alteridade".⁽⁵⁾ Esta consideração é útil, inclusive, para afastar o parecer da Procuradoria-Geral da República – em sentido contrário – a que fez referência a relatora.⁽⁶⁾

Limitar à liberdade e à autodeterminação sexual o bem jurídico tutelado, como defendo, significa "substituir o objetivo genérico de tutela da moralidade sexual, por assim dizer, difusa, por bens jurídicos específicos que pretendam, de fato, preservar as condições de existência da sociedade ou os intangíveis valores da personalidade".⁽⁷⁾ Ademais, com o abandono da moralidade sexual, simultaneamente deixa-se de imprimir vigilância ostensiva às pessoas, possibilitando que cada qual escolha o que melhor lhe aprouver, no caso, encontrar-se voluntariamente numa casa para a realização sexual de seus clientes. Significa, em síntese, valorizar a autonomia humana.

Como discorre **Renato Marcão**, "há que se buscar um sistema de regulamentação criminal menos hipócrita possível, no qual não existe espaço para a tutela de valores puramente morais".⁽⁸⁾ Isso não significa, por evidente, condescendência em relação a condutas delituosas que possivelmente possam ocorrer no interior desses locais, como o tráfico de mulheres ou de drogas. Contudo, para evitar tais comportamentos, não é necessário valer-se de concepções morais.

No mesmo julgado decidiu-se que "o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais". O Superior Tribunal de Justiça também pronunciou-se no sentido de que "a tolerância da sociedade ou o desuso não geram a atipicidade da conduta"⁽⁹⁾ e "a eventual leniência social ou mesmo das autoridades públicas não descriminaliza a conduta".⁽¹⁰⁾

Realmente, não é em termos de adequação social que esse delito deverá ser analisado nas Cortes Superiores de Controle, e não defendo a descriminalização do delito por motivo de

leniência da sociedade, mas sim, porque não há qualquer objeto jurídico a ser tutelado neste comportamento, salvo socorrendo-nos unicamente da moral ou dos bons costumes que, repita-se, deveriam ser repudiados penalmente, porém, assim não o fez a Ministra. É simples: sem bem jurídico tutelado não há de se falar em tipo penal e, em consequência, em adequação social.

Logo, respondendo à **Wilfried Bottke**, entendendo que, definitivamente, não é a doutrina penal que se deve adequar ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, mas sim, que seus integrantes estudem as teses doutrinárias e, portanto, deixem de seguir uma cartilha na qual o Direito Penal é o Direito Judicial, e nada mais. Um colegiado que não exerce uma função crítica quanto ao bem jurídico tutelado favorece, talvez mesmo inconscientemente, a ocorrência de uma inflação de leis penais, uma vez que, sob os ombros da imoralidade, será capaz de ver-se mais adiante, ou seja, indiretamente, com o apoio da moral, poder-se-á, como menciona **Luis Greco**, "descobrir razões a partir das quais será possível justificar qualquer proibição penal".⁽¹¹⁾

NOTAS

- (1) **Winfried Bottke (BOTTKE, Winfried.** ¿Adiós a la exigencia de protección de los bienes jurídicos? In: *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro en homenaje a Santiago Mir Puig.* Trad. **Trapero Barreales, Jericó Ojer y Martínez Cantón.** Madrid: La Ley, 2010) refere-se à decisão do BVerfG 2 BVR 392/07, de 26.03.2008.
- (2) 1ª Turma, HC n. 104.467/RS, rel. Min. **Cármem Lúcia**, de 08.02.2011.
- (3) **DIAS, Jorge de Figueiredo.** *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas.* São Paulo: RT, 1999.
- (4) **DIEZ RIPOLLÉS, José.** El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista. In: *Jueces para la Democracia*, n. 30, 1997.
- (5) **FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu Antonio.** *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.* 8. ed. São Paulo: RT, 2007.
- (6) "(...) Temerário defender-se, assim, interpretação do texto constitucional que, a pretexto de prestigiar o exercício pleno das liberdades públicas, o faz em detrimento de princípio fundamental (...)"
- (7) **PALAZZO, Francesco.** *Valores Constitucionais e Direito Penal.* Trad. **Gérson Pereira dos Santos.** Porto Alegre: Fabris Editor, 1989.
- (8) **MARCÃO, Renato.** Casa de prostituição. O crime do art. 229 do Código Penal, in *Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal*, n. 65, Porto Alegre, IOB, 2011, p. 118.
- (9) AgReg no RESp n. 1.167.646/RS, rel. Min. **Haroldo Rodrigues**, DJe 07.06.2010.
- (10) RESp n. 820.406, rel. p/ acórdão Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe 20.04.2009.
- (11) **GRECO, Luis.** Tem futuro a teoria do bem jurídico? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82. São Paulo: RT, 2010.

Leonardo Schmitt de Bem

Doutorando em Direito Penal pela Università de Milano, Itália, e pela Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha. Mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professor de Direito Penal em Santa Catarina.

A (NOVA) SÚMULA 471 DO STJ E A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME.

Mateus Marques

Foi publicada, no último dia 28.02.2011, nova súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual trata de questão importante, que se tem repetido nos julgamentos daquele Tribunal: a progressão de regime prisional para os condenados por crimes hediondos ou equiparados. Tal motivação deu-se com o julgamento do HC 82.959 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando, por maioria, decidiram deferir o pedido de habeas corpus, declarando, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 e assim assegurar que a progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando o condenado com dias melhores, o incentiva à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção social, racionalizando-a e, assim, evitando a famigerada ideia de “*mal pelo mal causado*”.

Com a publicação da Lei nº 11.464/2007 ficou definitivamente afastado do ordenamento jurídico a integralidade do regime fechado, antes imposto aos condenados por crime hediondo ou assemelhados, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.

A súmula de número 471 recebeu como texto integral o seguinte: “*Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no artigo 112 da Lei nº 7.210/1984*⁽¹⁾ (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”.

Com o advento da novel legislação, baniu-se expressamente do ordenamento jurídico a vedação ao cumprimento progressivo da pena aos condenados pela prática de crimes hediondos, sob a condição de que esses cumpram um lapso diferenciado, para a obtenção de um regime menos gravoso, de 2/5 (dois quintos), em se tratando de réu primário, ou 3/5 (três quintos), quando reincidente. Nesse ponto, verifica-se que o legislador introduziu

no ordenamento jurídico verdadeira *novatio legis in pejus*, cuja aplicação retroativa é vedada pelos artigos 5º, XL, da Constituição Federal e 2º do Código Penal,⁽²⁾ devendo incidir, portanto, apenas nos crimes hediondos, e assemelhados, praticados após 29 de março de 2007.

Como lei penal
mais benigna,
entendemos não
ser aquela que só
descriminaliza ou a que
estabelece uma
pena menor. Pode
tratar-se de uma nova
causa de justificação,
de uma nova causa
de exclusão de
culpabilidade, de uma
causa impeditiva da
operatividade
da pena etc.

Situação semelhante foi encontrada com o advento da Lei nº 8.072/90,⁽³⁾ oportunidade em que se entendeu que a sua aplicação deveria ser restrita aos crimes cometidos após sua vigência, por tratar-se de legislação mais prejudicial ao condenado, não se aplicando às execuções penais em curso, conforme leciona Silva Franco.⁽⁴⁾

Assim, a presente súmula tem como objetivo determinar o *modus operandi* do princípio da lei penal mais benigna também nesses casos, pois, no direito positivo, o princípio deriva da legalidade, consagrada no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe: “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”. Como lei penal mais benigna, entendemos não ser aquela que só descriminaliza ou a que estabelece uma pena menor. Pode tratar-se de uma nova causa de justificação, de uma nova causa de exclusão de culpabilidade, de uma causa impeditiva da operatividade da pena etc.

Por outro lado, e conforme ensinam Zaffaroni e Pierangeli,⁽⁵⁾ “*a maior benignidade pode provir também de outras circunstâncias, como lapso prescricional mais curto, uma classe distinta da pena, uma nova modalidade executiva da pena, o cumprimento parcial da mesma, as previsões sobre as condições de concessão do sursis, a liberdade condicional etc.*”

Nesse sentido, podemos dizer que o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna encontra o seu fundamento na própria natureza do direito penal, pois, tendo em vista que o direito penal regula somente as situações excepcionais, em que o Estado deve intervir para a reeducação social do autor, a sucessão de leis que alteram a ingerência do Estado no

círculo de bens jurídicos do autor denota uma modificação na desvalorização de sua conduta.

Por fim, mostram-se relevantes os precedentes que justificaram a criação da súmula 471 do STJ, de modo que o princípio da legalidade deve ser observado, tendo em vista que se faz necessário para a efetivação das garantias individuais do cidadão no âmbito da execução penal.

NOTAS

- (1) Art. 112 da Lei nº 7.210/84 aduz o seguinte: “*A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão*”.
- (2) Art. 2º do Código Penal brasileiro estabelece: “*Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória*”.
- (3) Lei dos Crimes Hediondos.
- (4) Segundo ensinamentos de **Alberto Silva Franco**, “em resumo, a regra do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, por ser mais gravosa, não pode retroagir para alcançar a execução penal em curso (a fim de perpetuar no regime fechado quem ainda, por falta do requisito temporal, nele se ache, ou a fim de fazer regressar ao regime fechado quem já se encontre no regime semi-aberto ou aberto), ou a que vier a ser iniciada em razão de fato criminoso ocorrido antes da vigência da nova lei (a fim de obstar o direito à progressão no regime penitenciário). O princípio da legalidade é o alicerce comum que dá lastro às garantias do cidadão no campo penal, processual penal e de execução penal. Toda alteração legal que signifique um agravamento ou uma restrição ao princípio constitucional da legalidade deve ser rechaçada com veemência e, na área da execução penal, deve entender-se como alteração dessa ordem “tudo quanto se referir ao *quantum*, modo ou forma de cumprimento de pena”. **SILVA FRANCO, Alberto. Crimes Hediondos**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 286.
- (5) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro vol. 1 - Parte geral**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 199.

Mateus Marques

Advogado criminalista.

Mestrando em Ciências Criminais pela PUC/RS.

Especialista em Ciências Penais pela PUC/RS.

Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidad Castilla-La Mancha (Toledo/Espanha).

Membro do IBCCRIM.

Membro do Instituto Lia Pires/RS.

O IBCCRIM disponibiliza espaço para os interessados manifestarem suas opiniões, críticas ou sugestões sob o ponto de vista exposto no **Boletim**. Participe, envie-nos sua contribuição com até 6.700 toques.

A LEI N. 12.403/11 E A INAFIANÇABILIDADE NA VISÃO DO STF. REFLEXÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO NOVO ART. 310 DO CPP

Renato Marcão

Sumário: 1. Introdução; 2. O novo art. 310 do CPP; 3. Durabilidade da prisão em flagrante; 4. Liberdade provisória; 5. A liberdade provisória como decorrência do art. 310 do CPP; 6. Conclusão.

1. Introdução

Olhando “por cima”, é até possível falar que as alterações introduzidas pela Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, são virtuosas. Esta afirmação, contudo, só poderá ser feita enquanto referência isolada aos novos institutos criados e algumas alterações aos antigos, pois, nas entranhas, o que se constata é mais um diploma legal de péssima qualidade técnica.

As inúmeras impropriedades deste novo regramento estão cuidadosamente tratadas em nosso novo livro, intitulado *Prisões Cautelares, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Restritivas* (Editora Saraiva).

Por aqui, cuidaremos de refletir sobre a situação a que se encontra lançado o instituto da liberdade provisória no Direito brasileiro, pois, a depender da compreensão de alguns, ou o inciso II do art. 310 do CPP é inconstitucional, ou é hora de se reconhecer, como pensamos seja correto, que a inafiançabilidade, tratada no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, da CF, não impede a concessão de liberdade provisória, sem fiança, em todo e qualquer caso.

2. O novo art. 310 do CPP

Dispõe o novo art. 310 do CPP, com a redação da Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, que, “ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação”.

A obrigatoriedade de relaxar a prisão ilegal já estava prevista no art. 5º, LXV, e a obrigatoriedade de se conceder liberdade

provisória, com ou sem fiança, no art. 5º, LXVI, ambos da CF.

Pelo que se conclui do novo art. 310, ou a prisão é relaxada e o autuado é colocado em liberdade, ou converte-se a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando presentes os requisitos legais (arts. 311 a 313 do CPP), ou concede-se liberdade provisória, com ou sem fiança.

As reflexões que seguem estão relacionadas exclusivamente com o tratamento jurídico explicitado pelo legislador em relação ao instituto da liberdade provisória.

3. Durabilidade da prisão em flagrante

Mesmo antes das modificações impostas pela Lei n. 12.403/11, sempre entendemos que a prisão em flagrante não poderia ultrapassar o limite temporal que vai de sua efetivação até a comunicação ao juiz competente, providência obrigatória que deve ocorrer nas 24 (vinte e quatro) horas seguintes à prisão-captura.

Esta forma de pensar encontra sua fundamentação no art. 5º, LXVI, da CF, segundo o qual ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Do art. 5º, LXI, da CF, retiramos autorização para que pessoas possam ser presas em flagrante, mas a interpretação da regra deve ser feita em harmonia com o citado inciso LXVI, do qual se extrai que, após a prisão em flagrante, a pessoa não poderá continuar presa e, portanto, ser levada ao cárcere, se cabível a liberdade provisória, daí a necessidade de análise desta situação jurídico-constitucional já no momento do controle jurisdicional imediato, a demonstrar absoluta impropriedade em se afirmar a possibilidade de que alguém possa permanecer preso por força do flagrante.

Neste momento primeiro do controle jurisdicional, só poderá subsistir prisão se presentes os requisitos da custódia preventiva.

A possibilidade jurídica de alguém sofrer restrições à sua liberdade por força de prisão em flagrante sempre esteve restrita e delimitada no tempo, até porque constitui exceção da exceção, na exata medida em que a liberdade é a regra e a exceção é a prisão mediante ordem prévia de autoridade judiciária, sendo a prisão em flagrante exceção a esta última exceção.⁽¹⁾ Nunca pode ultrapassar o lapso temporal que medeia entre a prisão-captura e sua comunicação ao juiz competente.

Isto sempre esteve muito claro no Texto Constitucional e também no Código de Processo Penal.

A propósito deste tema, a lúcida visão do Ministro **Celso de Mello** é suficientemente esclarecedora quando afirma:

“Aquele que foi preso em flagrante, embora formalmente perfeito o auto respectivo (CPP, arts. 304 a 306) e não obstante tecnicamente caracterizada a situação de flagrância (CPP, art. 302), tem, mesmo assim, direito subjetivo à obtenção da liberdade provisória, desde que não se registre, quanto a ele, qualquer das hipóteses autorizadas da prisão preventiva, a significar que a prisão em flagrante somente deverá subsistir se demonstrar que aquele que a sofreu deve permanecer sob a custódia cautelar do Estado, em razão de se verificarem, quanto a ele, os requisitos objetivos e subjetivos justificadores da prisão preventiva”.⁽²⁾

Disso resulta que, a rigor, a contracautela que é a liberdade provisória sem fiança só pode ser manuseada dentro do limite temporal indicado.

Em relação a isso, agora, o legislador foi ainda mais específico, pois o novo art. 310 do CPP evidencia claramente que o juiz deverá, no momento do controle jurisdicional imediato, trabalhar com as variantes que indica.⁽³⁾

4. Liberdade provisória

Ao tratarmos do tema *liberdade provisória*, é preciso não confundir gênero com espécie.

Liberdade provisória, em sentido amplo, é o gênero, do qual extraímos as espécies: 1º) liberdade provisória com fiança; e, 2º) liberdade provisória sem fiança.

Não é outra a interpretação que se extrai do art. 5º, LXVI, da CF, quando diz: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Não foi por razão diversa, aliás, que a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, introduziu um parágrafo único no art. 310 do CPP. A ideia foi exatamente permitir a liberdade provisória, sem fiança, para aqueles casos de crimes inafiançáveis.

A distinção está clara, inquestionavelmente delineada, e, por conta disso, até pouco tempo, a discussão era meramente acadêmica, não divergindo os manuais a este respeito.

Sempre admitiu-se que, após efetivada a prisão em flagrante, não sendo caso de re-

laxamento ou liberdade provisória mediante fiança, era possível a concessão de liberdade provisória sem fiança.

A Constituição Federal, a seu turno, dispõe, no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV,⁽⁴⁾ a respeito da inafiançabilidade de determinados crimes, mas isso não implica dizer que estes mesmos crimes não comportam liberdade provisória sem fiança.

Nada obstante esta evidente diferença que há, ainda permanece majoritária a corrente jurisprudencial no sentido de que a inafiançabilidade imposta pela Constituição Federal impede a liberdade provisória sem fiança.⁽⁵⁾

Há quem chegue a afirmar que “o inciso II do art. 2º da Lei 8.072/90, quando impedia a ‘fiança e a liberdade provisória’, de certa forma incidia em redundância, dado que, sob o prisma constitucional (inciso XLIII do art. 5º da CF/88), tal ressalva era desnecessária. Redundância que foi reparada pelo art. 1º da Lei 11.464/07, ao retirar o excesso verbal e manter, tão somente, a vedação do instituto da fiança”.⁽⁶⁾

Para nós, inafiançabilidade é a característica daquilo que não comporta fiança. Se a pretensão do legislador constituinte era dizer mais que isso, deveria dizer que aqueles crimes a que se referiu eram *insuscetíveis de liberdade provisória*. Mas não disse, e por isso não podemos dar interpretação mais ampla ao dispositivo que impõe restrição ao sagrado direito à liberdade, valor de extração máxima no texto constitucional.

Ademais, como disse o Ministro **Marco Aurélio**, “sendo o Direito uma ciência, há de emprestar-se sentido técnico a institutos, expressões e vocábulos”.⁽⁷⁾

É acertada, portanto, a visão do Ministro **Celso Limongi** quando aponta a distinção que há entre as situações tratadas, para concluir que “a proibição da liberdade provisória com fiança não compreende a da liberdade provisória sem a fiança”.⁽⁸⁾

5. A liberdade provisória como decorrência do art. 310 do CPP

Tudo o que acima afirmamos resulta, agora, evidenciado uma vez mais no art. 310, II, do CPP.

Para que não se tenha dúvida a respeito, basta imaginar hipótese em que determinada pessoa venha a ser presa em flagrante pela prática de crime hediondo ou qualquer outro inafiançável.

Efetuada a prisão, e lavrado o respectivo auto, deverá ser comunicada ao juiz competente no prazo de 24 horas (art. 306, § 1º, do CPP).

Recebendo os autos, nos precisos termos do art. 310 do CPP, deverá o juiz relaxar a prisão, se for ilegal.

Não sendo ilegal, deverá converter prisão em flagrante em prisão preventiva quando presentes os requisitos legais (arts. 311 a 313 do CPP) e se a tanto provocado, pois não poderá fazê-lo *ex officio* durante a fase de investigação criminal.

Não sendo caso de preventiva, deverá conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, *podendo cumular, se for o caso*, medida cautelar restritiva prevista dentre as hipóteses do art. 319 do CPP.

Como se vê, após o momento do controle jurisdicional imediato, somente subsistirá custódia cautelar se ocorrer decretação de prisão preventiva.

Porém, se após a prisão em flagrante por crime hediondo o juiz verificar que não estão presentes os requisitos da prisão preventiva? Poderá assim mesmo manter o agente preso?

Claro que não!
Bem, então, deverá soltá-lo a que título? Liberdade provisória é claro, pois estamos tratando de hipótese em que não se afigura cabível o relaxamento da prisão.

Ocorre, entretanto, que a Constituição Federal lista crimes que considera inafiançáveis, e, sendo assim, em relação a eles não será possível conceder liberdade provisória mediante fiança, restando, apenas, a possibilidade de liberdade provisória sem fiança, o que demonstra o desacerto em se afirmar que a inafiançabilidade tratada na Carta Magna impede a liberdade provisória sem fiança.

6. Conclusão

Dessas reflexões, resultam duas vertentes possíveis: 1ª) ou se reconhece, definitivamente, a possibilidade de liberdade provisória, sem fiança, em relação a todos os crimes inafiançáveis; 2ª) ou se reconhece a inconstitucionalidade do inciso II do art. 310 do CPP.

A primeira linha de pensamento é a acertada, conforme procuramos evidenciar nas reflexões expostas.

Por outro vértice, sustentar que a inafian-

çabilidade tratada expressamente na Constituição Federal também significa vedação à liberdade provisória sem fiança implicará reconhecer a inconstitucionalidade do novo art. 310 do CPP quando determina que ninguém permanecerá preso cautelarmente se não estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva.

NOTAS

- (1) Art. 5º, LXI, da CF: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.
- (2) STF, HC 94.157/SP, 2ª T., rel. Min. **Celso de Mello**, j. 10.06.2008, DJe de 28.03.2011.
- (3) E que já estavam claras na Constituição Federal e no CPP, a nosso ver.
- (4) Art. 5º da CF: “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.
- (5) “Apesar de o tema ainda não ter sido analisado definitivamente pelo Plenário deste Tribunal, a atual jurisprudência é firme no sentido de que é legítima a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que ela decorre da inafiançabilidade prevista no art. 5º, XLIII, da Carta Magna e da vedação estabelecida no art. 44 da Lei 11.343/06” (STF, HC 103.406/SP, 1ª T., rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, j. 24.08.2010, DJe n. 168, de 10.09.2010). No mesmo sentido: STF, HC 104.616/MG, 1ª T., rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, j. 21.09.2010, DJe n. 215, de 10.11.2010; STF, HC 102.715/MG, 1ª T., rel. Min. **Dias Toffoli**, j. 03.08.2010, DJe n. 200, de 22.10.2010; STF, HC 101.259/MS, 1ª T., rel. Min. **Dias Toffoli**, j. 01.12.2009, DJe n. 22, de 05.02.2010; STF, HC 98.548/SC, 1ª T., rel. Min. **Cármen Lúcia**, j. 24.11.2009, DJe n. 232, de 11.12.2009; STF, HC 103.399/SP, 1ª T., rel. Min. **Ayres Britto**, j. 22.06.2010, DJe n. 154, de 20.08.2010; STF, HC 95.671/RS, 2ª T., rel. Min. **Ellen Gracie**, j. 03.03.2009, DJe n. 53, de 20.03.2009; STF, HC 102.558/PR, 2ª T., rel. Min. **Joaquim Barbosa**, j. 09.02.2010, DJe n. 45, de 12.03.2010.
- (6) STF, HC 103.399/SP, 1ª T., rel. Min. **Ayres Britto**, j. 22.06.2010, DJe n. 154, de 20.08.2010.
- (7) STF, HC 83.439/RJ, 1ª T., rel. Min. **Marco Aurélio**, j. 14.10.2003, DJe de 07.11.2003.
- (8) STJ, AgRg no HC 111.250/SP, 6ª T., rel. Min. **Celso Limongi**, j. 19.02.2009, DJe de 16.03.2009. No mesmo sentido: STJ, AgRg no HC 111.250/SP, 6ª T., rel. Min. **Celso Limongi**, j. 19.02.2009, DJe de 16.03.2009.

Renato Marcão

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito. Professor no curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes. Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP).

RISCO NUCLEAR

Eduardo Saad-Diniz

Com a impactante sentença “na sociedade avançada, a produção social de riqueza vem sistematicamente acompanhada da produção social de riscos”,⁽¹⁾ Ulrich Beck trouxe ao debate internacional o conceito de sociedade de risco, entranhado na moderna dinâmica das transformações hiperindustrializadas da natureza e na conversão de uma humanidade do erro.⁽²⁾ Desde 1986, dedica-se à compreensão dos sofisticados mecanismos de controle dos perigos que a sociedade encerra no próprio destino da humanidade. Em Beck, a orientação sociológica, à indiferença da divisão social em classe ou quaisquer outras fronteiras, induz ao entendimento da radicalização das consequências da modernidade, da mundialização dos riscos⁽³⁾ à modernização da modernidade,⁽⁴⁾ até alcançar o estágio mais recente da criação de espaço comum de cooperação e pacifismo cosmopolita, o qual consolida, afinal, a transição da primeira para a segunda modernidade.⁽⁵⁾ Com Stephan May Beck, procurou aplicar seu modelo à manipulação biomolecular, mas os resultados atingidos ficaram reduzidos ao questionamento do “novo conhecimento”, de tal forma que o anacronismo das instituições jurídicas de matriz liberal não supera a desestabilização normativa da sociedade.⁽⁶⁾ Mesmo assim, parece certo que o *deficit* de funcionalidade do direito na sociedade de risco não pode ser prestar à legitimação de novas fontes de legalidade. Assim como também é certo que limites devem ser impostos à orientação sociológica.

Ainda em 1991, Cornelius Prittwitz e Peter-Alexis Albrecht empenharam-se em debate sobre a instabilidade funcional do sistema jurídico-penal, provocada pela tensão *racionalidade econômica/decisões políticas*, que deixa incertos os limites entre a prevenção de perigos e o simbolismo penal.⁽⁷⁾ Em 1993, Prittwitz dá publicidade ao “Direito Penal e Risco”, desenvolvendo a inserção direito penal na sociedade de risco como objeto da ideia secular de ciência conjunta do direito penal. A discussão surge a partir do delito de periclitação da vida e a punibilidade no caso de indivíduo infectado pelos vírus HIV que mantém relações sexuais sem comunicar ao parceiro (os critérios para determinar e comprovar a intenção de contágio), o que permitiu a Prittwitz cindir: um direito de simbólica absorção dos anseios sociais para legislar e uma “dogmática do risco” para a elaboração de instrumentos especializados de preven-

ção de perigos.⁽⁸⁾ A orientação sociológica do risco recebeu cuidados dos penalistas,⁽⁹⁾ cujas investigações, guardadas as sutilezas que os distinguem entre si, convergem em busca de orientação resolutiva para a interpretação do sistema jurídico-penal.

Duas décadas e meia depois de *Tschernobyl*, o risco nuclear de *Fukushima* reveste de atualidade o problema da regulação jurídica do risco. A experiência japonesa recolocou as ideias de Beck na ordem do dia; a cultura da insegurança não pertence mais aos povos do Leste, abalando também a segurança do Ocidente e justificando a nova combinação do repertório do risco para um “novo discurso público”.⁽¹⁰⁾ A irregularidade de cursos causais nos processos de atribuição de responsabilidade relativamente a atividades arriscadas e à prevenção de perigos futuros reaparece em *Fukushima* e, uma vez mais, evidenciam-se as fragilidades e a baixa capacidade de rendimento das representações tradicionais.⁽¹¹⁾ Além da interpretação do princípio da precaução, a teoria do direito penal pode recomendar múltiplas possibilidades (como os tipos cumulativos ou os argumentos *slippery-slope*), mas todas se concentram nos momentos de determinação da normatividade. Determinar o permitido e o proibido não se reduz à antecipação do perigo, pior é o que vem depois: como se gerenciam os riscos da escassez em estados de extrema necessidade, a distribuição de alimentos ou a emergência na saúde pública etc. O que importa à construção do sentido normativo é conhecer os mecanismos de proteção da normativa penal e das normas suplementares que lhe condicionam a interpretação mais segura: possibilitar a realização da liberdade dos indivíduos. E parece que proteger a segurança da sociedade é, em muitos casos, a garantia da realização da liberdade.

Para isso, muito provavelmente o que falta à orientação sociológica é conduzi-la ao plano de consciência da filosofia prática: o risco em direito penal só pode ser entendido a partir da efetiva dinâmica dos indivíduos na sociedade; as tragédias humanas têm suas determinações concretas, antes das meras abstrações sociais da individualização,⁽¹²⁾ o que vale é a efetividade de um mundo.

A moral de *Fukushima*, a mesma de *Tschernobyl*, não se diferencia das discussões climático-ambientais que opõem o risco nuclear aos dilemas do aquecimento global. Essa discussão é nem um pouco estranha à

realidade brasileira. Estamos no meio dos debates “o que fazer com Angra?”. No lugar da mera absorção dos anseios sociais do “temor do risco”, o direito brasileiro deve preparar o sentido normativo para a realização racional de estratégias de combate ao perigo nuclear nos limites de legitimação da pena: delito de risco catastrófico pela irreversibilidade do dano.⁽¹³⁾ A regulação do risco nuclear não é só um problema de grandeza científica – uso racional de energia – é questão que deve ser tratada no âmbito da segurança pública e das reais determinantes de desenvolvimento social. É melhor conhecer que, dali, saem preciosas inovações tecnológicas, sobretudo no campo da *biotecnologia*, que o domínio da ciência nuclear é um passo importante para a superação do *status* periférico, elevando a consciência científica ao nível do dinamismo contraditório das próprias relações de produção. A intervenção do direito penal deve atentar-se para as formalizações da capitalização da energia nuclear, um negócio que está implantado no cerne das relações econômicas, e todas as disputas de poder e interesses da política. O direito não pode simplesmente desconsiderar o seu lugar na sociedade, a menos se não quiser se reduzir a mera abstração de suas funções. Esse parece o caminho preferencial para um “direito penal do risco nuclear” no mesmo plano de consciência da teoria do direito penal, dedicado à especialização do comportamento decisório e movido pela necessidade da elaboração racional de um sistema jurídico-penal em que a proteção da sociedade esteja mais afeita à proteção da subjetividade – livre.

NOTAS

- (1) BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft: auf dem Weg in andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986, p. 25 (trad. livre). Comum também o recurso às idias de Anthony Giddens (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. 6. reimpr. São Paulo: Unesp, 1991, p. 126 e ss.) ou Zygmunt Bauman (BAUMAN, Zygmunt. *Flüchtige Moderne*. Trad. Reinhard Kreisli. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000, p. 213 e ss.) para a compreensão da perda progressiva das estruturas de identidade na arriscada vida moderna. Em BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth (org.). *Riskante Freiheiten: Individualisierung in modernen Gesellschaften*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, posicionam-se, dentre outros, Jürgen Habermas, Ralf Dahrendorf e Niklas Luhmann sobre os dilemas entre liberdade arriscada e individualização. Em Luhmann, *risco* é deduzido de

- comportamento decisório, ao passo que *perigo* decorre da tensão *sistema/ambiente* (LUHMANN, Niklas. *Die Soziologie des Risikos*. Berlin: Walter de Gruyter, 2003, p. 31 e ss., 41 e ss.).
- (2) BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft... op. cit.*, p. 107. Originalmente, os elementos de constituição da sociedade podem ser sintetizados em cinco pontos principais: (1) produção irreversível de danos; (2) distribuição ampliada e crescimento exponencial dos riscos; (3) aceleração do nível de desenvolvimento das forças de produção; (4) o conhecimento adquire ressignificação política – nova tensão *saber/poder*; (5) reinvenção da política de controle de riscos (BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft... op. cit.*, p. 29-31).
- (3) BECK, Ulrich. *Weltrisikogesellschaft, Weltöffentlichkeit und Globale Subpolitik*. In: DIEKMANN, Andreas; JAEGER, Carlo C. (org.). *Umweltsoziologie*. Opladen: Westdeutscher, 1996, p. 119.
- (4) BECK, Ulrich; BONß, Wolfgang (org.). *Die Modernisierung der Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, p. 275.
- (5) BECK, Ulrich. *Das kosmopolitische Europa*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004.
- (6) A proposta de Beck traduz a necessidade de vínculos (causais) com a responsabilidade jurídica e com a social (BECK, Ulrich; MAY, Stephan. *Gewusstes Nicht-Wissen und seine rechtlichen und politischen Folgen: Das Beispiel der Humanogenetik*. In: BECK, Ulrich; BONß, Wolfgang (org.). *Die Modernisierung der Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, p. 247-261). Analisando a modernização reflexiva como fator de autocompreensão ética da espécie, em que, muitas vezes, a manipulação biotecnológica é reprovada não só pelos riscos que comporta, mas por proscricções de grandeza moral (HABERMAS, Jürgen. *Die Zukunft der menschlichen Natur: auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, p. 47-50).
- (7) PRITTWITZ, Cornelius. *Funktionalisierung des Strafrechts*. In: *Strafverteidiger*, 11. Jahrgang. Neuwied: Alfred Metzner, 1991, p. 435-441.
- (8) PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993, p. 27-28 (trad. livre).
- (9) Em 2004, sob decisiva orientação de Antonio Luís Chaves Camargo (CHAVES CAMARGO, Antonio Luis. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. Cultural Paulista, 2002, p. 195-196), tive a oportunidade de desenvolver a aproximação a uma *sociedade brasileira de risco*. Crítica à incongruência dos princípios do tipo e do risco na tutela penal supraindividual, ver MELLO JORGE SILVEIRA, Renato de. *Direito Penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 121 e ss.; nos termos do princípio da precaução, ver BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27 e ss.; sobre os limites de um “direito penal assegurador do futuro”, ver RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Tutela penal da intimidade: perspectivas da atuação penal na sociedade da informação*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 103. Também: VELLUDO SALVADOR NETTO, Alamiro. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006; AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. IBCCRIM, 2007.
- (10) BECK, Ulrich. In: *Süddeutsche Zeitung*, 14.03.2011.
- (11) Claus Roxin já admite “flexibilização” teórica no entendimento tradicional da teoria do bem jurídico (ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. v. 1, 4. ed., München: C. H. Beck, 2006, p. 36 e ss.).
- (12) Há uma ilusão no imaginário penalista de que a sociedade de risco gera um “efeito Bumerang”, segundo o qual viveríamos em uma sociedade mundial do risco em que se descaracteriza a divisão em classes sociais (PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko... op. cit.*, p. 55-61; também FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001). Claus Offe polemiza a dissolução da divisão em classes realizada por Beck. A fase atual de desenvolvimento das forças produtivas remonta ao capitalismo desorganizado, mediado pelas contradições entre processo de acumulação de riqueza e problemas de legitimação do Estado de bem-estar social. À diferença de Beck, o atuarialismo (controle dos conflitos que prescindem de intervenção estatal) dar-se-ia em sociedade de classes – e não na sociedade de risco (OFFE, Claus. *Die Arbeitsgesellschaft*. In: PONGS, Armin (org.). *In welcher Gesellschaft leben wir eigentlich?* München: Dilemma, 2004, p. 275-307).
- (13) REQUEJO CONDE, Carmen. El delito relativo a energía nuclear. In: MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio (org.). *Derecho penal ambiental*. Madrid: Exlibris, 2006, p. 169 e ss.

Eduardo Saad-Diniz

Doutor em Direito pela USP. Foi bolsista DAAD/Capes pela Universidade de Regensburg, Alemanha (2009-2010).

PARTICIPE POR ACREDITAR

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO

“A DOUTRINA GERAL DA INFRAÇÃO CRIMINAL REVISITADA”

O novo Curso representa mais um passo no processo de aproximação entre o Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Além do Curso de Direito Penal Económico, realizado a cada dois anos, em São Paulo, o IDPEE e o IBCCRIM, com a participação de conhecidos professores portugueses e brasileiros, convidam agora os profissionais do direito (advogados, bacharéis em direito, defensores públicos, delegados de polícia, delegados federais, magistrados, procuradores da república e promotores de justiça) para uma nova visita aos conceitos fundamentais da infração criminal e das consequências jurídicas dela decorrentes.

Período: de 04 de agosto a 29 de outubro.

Horário das aulas: quintas-feiras e sextas-feiras das 19h às 22h e aos sábados das 09h às 12h.

Local: Avenida Paulista, 1842 - 25º andar (auditório do TRF 3ª Região) - São Paulo/SP.

Título Conferido: Diploma de Pós-graduação em Doutrina Geral da Infração Criminal Revisitada, emitido pelo Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

INSCRIÇÕES ABERTAS no Portal IBCCRIM.

Consulte regulamento, cronograma e valores no Portal IBCCRIM.

Patrocínio:



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CRIMINOLOGIA CULTURAL: UMA INTRODUÇÃO⁽¹⁾

Álvaro Filipe Oxley da Rocha

No sentido destacado por **Hayward**,⁽²⁾ é bastante grande o complexo de inter-relações e homologias que ligam crime e cultura, as quais têm sido, ao longo dos anos, uma grande fonte de inspiração para os criminologistas. Entretanto, apesar de esse complexo haver possibilitado a existência de alguns dos trabalhos fundamentais da Criminologia,⁽³⁾ a trajetória do chamado “foco cultural”, nessa disciplina, tem passado por fases alternadas de interesse e de esmorecimento por parte de seus estudiosos. O que resulta dessa dinâmica é que, hoje, aproximar-se desse conhecimento significa tomar ciência de uma disciplina na qual se cruzam e competem muitos paradigmas teóricos e ideológicos. Isso torna-se ainda mais perceptível no que concerne à relação entre crime e cultura.

Há pouco mais de uma década, porém, iniciou-se uma retomada da tradição cultural com o surgimento de um fluxo mais consistente de trabalhos que gravitam em torno de um movimento intelectual conhecido como Criminologia Cultural,⁽⁴⁾ no qual se destacam os trabalhos de **Ferrell e Sanders, Ferrell, Banks, Presdee, Hayward e Young, Ferrell et al.**,⁽⁵⁾ além de outros autores que, embora não se intitulem criminologistas culturais, muito têm colaborado nesse sentido. Inicialmente, pode-se dizer da Criminologia Cultural que esta trata de colocar o crime em seu contexto cultural, o que implica em ver tanto o crime como as organizações de controle como produtos culturais, os quais devem ser lidos a partir dos significados que carregam. Além disso, a Criminologia Cultural procura aclarar a dinâmica entre dois elementos-chave nessa relação: a ascensão e o declínio desses produtos culturais.

O que se busca é focar a contínua geração de significados que surgem: regras são criadas ou quebradas, em uma constante interação entre iniciativas moralizantes, inovação moral e transgressão. Em razão da complexidade desse foco, a Criminologia Cultural é essencialmente interdisciplinar e utiliza-se de uma grande variedade de ferramentas de análise, que se inicia com uma interface direta, não apenas com a Criminologia, a Sociologia e o Direito Penal, mas com perspectivas e metodologias advindas dos estudos culturais, midiáticos e urbanos, filosofia, teoria crítica pós-moderna, geografia humana e cultural, antropologia, estudos

dos movimentos sociais, e abordagens de pesquisa ativa. Nas palavras de Hayward⁽⁶⁾ “a responsabilidade da criminologia cultural é manter ‘girando o caleidoscópio’ sobre as maneiras pelas quais pensamos sobre o crime, e mais importante, sobre as respostas jurídicas e sociais à quebra de regras”.

Deve-se destacar, ainda, que, apesar dos avanços já produzidos no desenvolvimento do pensamento criminológico (ou “imaginação criminológica”), a Criminologia Cultural está trabalhando para estabelecer mais firmemente suas trajetórias e métodos. Contraditoriamente, essa busca pode ser seu ponto fraco, mas também pode ser seu ponto mais forte, dado que a mesma procura ser menos um paradigma definitivo e mais uma matriz de perspectivas sobre o crime e o controle da criminalidade,⁽⁷⁾ o que evita a centralização e a limitação das propostas conhecidas. Em seus primeiros desenvolvimentos, nos Estados Unidos, a Criminologia Cultural apresentava-se mais como uma referência operacional de pesquisa, ligada aos estudos de imagem, significados e interações entre crime e controle, especialmente voltada para as estruturas sociais emuladas e as dinâmicas de experiência relacionadas às subculturas ilícitas, à criminalização simbólica das formas culturais populares, à construção mediada do crime e dos temas ligados ao seu controle, além das emoções incorporadas à coletividade, as quais moldam o significado do crime. A Criminologia Cultural, entretanto, ganhou força no Reino Unido, onde se procurou introduzir uma estrutura mais consistente em sua base teórica.⁽⁸⁾

O nome “Criminologia Cultural”,⁽⁹⁾ de acordo com **O’Brien e Yar**,⁽¹⁰⁾ pode ser visto como uma designação para um determinado número de interesses criminológicos, situados na confluência entre “crime” e “cultura”, tomados em seu sentido mais difundido. Sobre as relações entre crime e cultura, **Ferrell**⁽¹¹⁾ estabelece alguns parâmetros, afirmando que, nas sociedades contemporâneas, a intersecção entre atos criminosos e dinâmica cultural está inserida na vida diária e que muitas das formas do crime emergem de subculturas moldadas por convenções sociais de significado, simbolismo e estilo. Essas subculturas, então, devolvem, intensamente, ao grupo social experiências coletivas e emoções que definem as identidades de

seus membros e reforçam o “status” social marginalizado dos mesmos. Destaca que, ao mesmo tempo, aqueles que se encarregam de empreendimentos culturais, como música popular, fotografia artística, filmes e programas de televisão, com frequência, são acusados de promover comportamento infracional ou mesmo criminoso e comumente enfrentam denúncias e inquéritos policiais, além de processos judiciais, em nome da moralidade coletiva.

Hoje, todos esses fenômenos, desde identidades criminosas, controvérsias populares, campanhas para o controle de crimes, experiências de vitimização, são cada vez mais oferecidos e exibidos para o consumo público. Além disso, segundo **Ferrell**, segundo o autor, todos esses fenômenos ganham forma dentro de um grande universo de mediação, no qual subculturas criminosas se apropriam das imagens populares e criam suas próprias formas de comunicação mediada. Líderes políticos iniciam campanhas públicas de criminalização e pânico sobre o crime e os criminosos e os cidadãos têm consumido o crime diariamente, como notícias e entretenimento. Em razão disso, afirma **Ferrell**, os criminologistas⁽¹²⁾, hoje, entendem que uma consciência crítica da dinâmica cultural das sociedades modernas é necessária se quisermos entender até mesmo algumas das dimensões mais fundamentais dos fenômenos do crime e do controle da criminalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BANKS, C.** *Developing Cultural Criminology: Theory and Practice in Papua New Guinea*. Sydney: University of Sydney Press, 2000.
- FERRELL, J. et al.** *Cultural Criminology Unleashed*. London: Glasshouse Press, 2004.
- _____, J. *Cultural Criminology*. In: **MAGUIRE, Mike et al.** *The Oxford Handbook of Criminology*. London/New York: Oxford University Press, 2007.
- _____; **SANDERS, C. R.** (eds.). *Cultural Criminology*. Boston MA: Northeastern University Press, 1995.
- HAYWARD, K. J.** *The City Limits: Crime, Consumer Culture and the Urban Experience*. London: Cavendish, 2004.
- _____; **YOUNG, Jock.** *Cultural Criminology*. In: **MAGUIRE, Mike et al.** *The Oxford Handbook of Criminology*. London/New York: Oxford University Press, 2007.
- O'BRIEN, M.** What's Cultural about Cultural Criminology? *British Journal of Criminology*, 45(5): 599-612, 2005.
- _____; **YAR, M.** *Criminology: the Key Concepts*. London: Routledge, 2008.
- PRESEDEE, M.** *Cultural Criminology and the Carnival of Crime*. London: Routledge, 2000.

NOTAS

- (1) O presente trabalho é parte dos resultados do desenvolvimento de pesquisa em Criminologia Cultural, decorrente de estágio pós-doutorado em Criminologia realizado pelo autor no SSPSSR da Universidade de Kent, na Inglaterra, em 2010, a convite do Prof. **Keith Hayward**.
- (2) **HAYWARD, K. J.; YOUNG, Jock**. *Cultural Criminology*. In: **MAGUIRE, Mike et al.**. *The Oxford Handbook of Criminology*. London/New York: Oxford University Press, 2007, p.102.
- (3) Destaca-se, como exemplo, nesse sentido, a obra sociológica clássica de Émile Durkheim.
- (4) "Cultural Criminology", em inglês (nota de tradução).
- (5) **FERRELL, J.; SANDERS, C. R.** (eds.). *Cultural Criminology*. Boston MA: Northeastern University Press, 1995; **FERRELL**. 1999; **BANKS, C.** *Developing Cultural Criminology: Theory and Practice in Papua New Guinea*. Sydney: University of Sydney Press, 2000; **PRESDDEE, M.** *Cultural Criminology and the Carnival of Crime*. London: Routledge, 2000; **HAYWARD, K. J.** *The City Limits: Crime, Consumer Culture and the Urban Experience*. London: Cavendish, 2004; **FERRELL, J. et al.** *Cultural Criminology Unleashed*. London: Glasshouse Press, 2004.
- (6) **HAYWARD, K. J.; YOUNG, Jock**. *Cultural Criminology*. In: **MAGUIRE, Mike et al.**. *The Oxford Handbook of Criminology*. London/New York: Oxford University Press, 2007, p. 103.
- (7) **FERRELL**. 1999, p. 396.
- (8) **O'BRIEN, M.** What's Cultural about Cultural Criminology? *British Journal of Criminology*, 45(5), 2005, p. 605.

- (9) Ver a obra de **O'BRIEN, Martin; YAR, Majid**. *Criminology: the Key Concepts*. Oxon/UK and New York/USA: Routledge, 2008. Essa obra é um excelente repositório conceitual, bibliográfico e crítico para o estudo da Criminologia em todos os níveis.
- (10) Ver **O'BRIEN, M.; YAR, M.** *Criminology: the Key Concepts*. London: Routledge, 2008.
- (11) Ver **FERRELL, J.** 2007, p. 139.

Álvaro Filipe Oxley da Rocha

Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCRIM) da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS.

A PROPÓSITO DO CONCEITO DEFINITORIAL DE CRIME

Paulo Queiroz

O que conhecemos por crime não é uma coisa, isto é, não é algo passível de ser tocado, mensurado etc.. Não é enfim algo sólido, nem líquido, nem gasoso, nem animal, nem vegetal. O crime não existe fisicamente, materialmente. O delito não é, por conseguinte, algo dado, mas socialmente construído.

Mas não só o crime. Também o que a tradição nos legou com o nome de direito penal não está previamente dado, visto ser um substantivo (direito) acompanhado de um adjetivo (penal) que pode, em tese, assumir qualquer conteúdo. Consequentemente, nada existe a priori que não possa ser considerado direito. Justamente por isso, matar, roubar ou estuprar pode ser conforme o direito, inclusive, porque o que seja "matar", "roubar" e "estuprar" e as possíveis formas de legitimação dessas ações (v.g., legítima defesa) e de isenção de culpa (v.g., doença mental) não estão previamente dadas.

Afinal, não existe direito vagando fora ou além da história, nem fora ou além das relações de poder que o constituem. E mais: o crime não é uma qualidade da conduta (ação ou omissão) que designamos como tal, mas uma relação entre o sujeito e a ação assim designada.

Por isso que a interpretação não é um modo de constatar um direito preexistente à interpretação, mas a forma mesma de realização do direito. Afinal, o sentido das coisas não é dado pelas próprias coisas (textos, fatos, provas etc.), mas por nós, ao atribuímos um determinado sentido num universo de possibilidades, aí incluída a falta de sentido inclusive.

A interpretação é, pois, o ser do direito; e o ser do direito é um devir.

Consequentemente, não existem fenômenos criminosos, mas apenas uma interpretação criminalizante dos fenômenos; logo, não existem fenômenos típicos, antijurídicos ou culpáveis, mas somente uma

interpretação tipificante, antijuridizante e culpabilizante dos fenômenos.

Assim, ao recorrer à teoria do delito e seus institutos, o juiz não constata um crime preexistente à interpretação, mas o constrói por meio da interpretação. E dizer que em direito (e em direito penal) nada é dado, que tudo é construído, significa que todos os conceitos a que a teoria do delito remete também o é: dolo, culpa, nexos causal, autoria, erro etc. Também por isso, dolo e culpa, erro de tipo e erro de proibição, entre outros, não são, a rigor, estados mentais do sujeito, mas uma imputação a esse título (a título doloso etc.). Porque a teoria geral do delito não faz outra coisa senão construir critérios legítimos (pretensamente) de imputação (objetiva e subjetiva) de responsabilidade penal por determinadas ações e resultados.

Paulo Queiroz

Doutor em Direito (PUC/SP).
É Procurador Regional da República em Brasília.

PARTICIPE POR ACREDITAR

I FÓRUM DO INSTITUTO DELMANTO E DA ESCOLA BRASILEIRA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS – EBEC: DIREITO PENAL (LIBERDADE, SEGURANÇA E IMPRENSA)

Data: 22 a 24 de Setembro de 2011.

Local: Fecomércio - São Paulo/SP.

Rua Plínio Barreto, 285, Bela Vista, São Paulo/SP.

Informações: www.congressosebec.com.br/forum

Reunindo as maiores autoridades do Direito Penal e Processual Penal do Brasil, o INSTITUTO DELMANTO, em parceria com a ESCOLA BRASILEIRA DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS – EBEC, realizará um grandioso evento em São Paulo.

Foi com inspiração na semana da arte moderna, com foco na realidade e valorizando as raízes brasileiras, que Roberto Delmanto Junior idealizou e está coordenando este fórum, que será um marco na discussão aberta, plural e franca do Direito Penal e Processual Penal no Brasil.

EM DEFESA DO TRIBUNAL POPULAR⁽¹⁾

Fábio Tofic Simantob

“Se usais justiça, um Herodes, se favorável, sois brando, se condenais, sois injusto, se absolveis, estais peitado”.⁽²⁾

A impressão que se tem é de que o júri é criticado desde sua criação tanto pelos que o acusam de ser brando demais como pelos que o inquam de arbitrário e impiedoso. Entre nós, **Frederico Marques** talvez seja aquele que criticou com mais coragem e pertinácia a ineficácia do tribunal do povo. No seu *O júri no direito brasileiro*, o então juiz do Tribunal de Alçada de São Paulo critica o juiz leigo, argumentando que “o júri, levado ao continente europeu como reação à magistratura das monarquias absolutistas, perdeu seu aspecto político depois que o Judiciário adquiriu independência em face do Executivo”.⁽³⁾ O argumento de **Frederico Marques** é, na linha de **Hungria**,⁽⁴⁾ o de que “os juízes togados passaram a vir do seio do próprio povo, de que emana, conceitualmente, a sua autoridade. Tornaram-se cidadãos do povo e, pelo menos nos governos democráticos, é em nome dele que distribuem justiça”.⁽⁵⁾

Em que pese os argumentos sustentados, o próprio professor do Largo São Francisco acaba não conseguindo esconder que suas opiniões estavam fortemente influenciadas pelo sentimento de impunidade, para o qual o júri estaria contribuindo naquele contexto histórico com decisões que, segundo ele, estavam fazendo “do branco preto, e do preto branco, tais os absurdos das absolvições escandalosas que se contêm nos veredictos soberanos desse tribunal”.⁽⁶⁾

Não se pode perder de vista, também, que a época em que este libelo contra o júri foi escrito era a do complicado período do pós-guerra, momento histórico em que, por razões óbvias, os movimentos de massa estavam associados à luta de classes e às mais inacreditáveis atrocidades, período do século XX no qual se exasperavam as paixões ideológicas, pululavam os preconceitos, e se solapavam juízos sóbrios e racionais no julgamento do semelhante. Havia, naquele momento, um sentimento, comum à época de **Ferri**, não muito diferente em termos de conturbação social (fins do século XIX) de que “o jurado, mais do que qualquer outro, é a encarnação (sic) da justiça de classe”.⁽⁷⁾

Se **Frederico Marques** vivesse nos dias atuais, talvez visse o júri com mais simpatia, já que o órgão da justiça se tornou mais rigoroso, e despido, já, de todo e qualquer caráter de instrumento de luta de classes, formado por homens e mulheres oriundos da

classe média, não raro saídos de um contexto social não muito distante do qual veio o réu. A diferença de classes sociais entre julgador e acusado é menor no júri do que na justiça togada.⁽⁸⁾ Na verdade, se nos anos cinquenta o problema do tribunal do júri era o excesso de absolvições, o que parece incomodar seus opositores de hoje é o caráter arbitrário de algumas condenações.

Assim, o que **Frederico Marques** dizia, há cinquenta anos, sobre o juiz togado poderia tranquilamente ser dito, hoje, sobre o júri: “... só tem o que vangloriar-se: temem-lhe as decisões os que em nome das complacências inexequíveis ou das severidades iníquas, não querem a justiça serena, imparcial e segura, onde, sob o império do direito e da lei, cada um recebe o que merece”.⁽⁹⁾

À parte, pois, críticas isoladas a este ou àquele veredicto, os atuais opositores do júri justificam sua posição em argumentos que são sintetizados por **Aury Lopes Junior** nos seguintes pontos: a) o desconhecimento do processo e de processo; b) desconhecimento legal e dogmático mínimo; c) falta de contato com a prova e possibilidade de condenação com base na prova não judicializada; d) ausência de motivação do ato decisório; e e) autorização para decidirem à revelia da prova no segundo julgamento (art. 593, § 3º, do CPP).⁽¹⁰⁾

Respeitadas as posições neste sentido, ousamos delas discordar veementemente. Não é muito difícil perceber que as críticas dirigidas ao tribunal do júri por aqueles que não suportam a aparente inobservância técnica de algumas condenações – viés inegável da crítica atual – devem ser creditadas muito mais à justiça togada do que ao tribunal do júri. Sim, porque, quando se critica uma decisão condenatória do júri, esquece-se de que o veredicto só se tornou possível porque, em algum momento, um juiz togado julgou admissível juridicamente a proclamação da culpa do acusado pela prática do crime doloso contra a vida.

Gustave Le Bon, em sua preciosa obra *A psicologia das multidões*, rebate muito bem o argumento, indagando “mas como podem esquecer de que os erros de que o júri é acusado são sempre cometidos primeiro por juízes, visto que o acusado submetido a júri foi considerado culpado por vários magistrados: o juiz de instrução, o procurador da República e o tribunal de acusação”.⁽¹¹⁾

Com efeito, o júri só condena alguém que a justiça togada permitiu que fosse condenado. Se o veredicto só se baseou na

prova do inquérito, é porque algum magistrado permitiu que fosse a júri processo sem prova judicial válida para condenar. Se pouco plausível a natureza de crime doloso contra a vida do fato objeto do processo, é porque o processo deveria ter sido remetido para a vara comum antes do julgamento, e assim por diante... Daí porque, afirmar-se que o jurado é mau juiz pois pode condenar só com base em prova não judicializada, é transferir para o juiz leigo falha que, no “frigor dos ovos”, deve ser tributada à justiça togada.

Este mesmo argumento acaba sendo válido para rebater os demais pontos levantados para criticar a instituição, porque, se cabe ao magistrado togado julgar a admissibilidade da acusação, é de presumir-se que todas as acusações remetidas ao tribunal do júri são juridicamente válidas, e, portanto, não seria correto afirmar que eventual condenação injusta é fruto da ignorância dogmática ou processual dos jurados. A possibilidade de julgarem “folhas mortas”,⁽¹²⁾ por seu turno, não faz do júri tribunal mais burocrático do que as cortes togadas, nas quais são decididas, em última instância, as questões de fato e sobre a prova na justiça comum, e em que o réu não só não precisa estar presente, como, mesmo que esteja, não tem direito a qualquer participação no julgamento.

Se a crítica parece procedente em algum momento, ela é muito mais direcionada, a nosso ver, ao modo como a maioria dos magistrados encara o momento da sentença de pronúncia do que contra o julgamento popular propriamente dito. Se a sentença de pronúncia fosse usada para frear acusações precárias, sem bases jurídicas sólidas, não nos depararíamos com decisões populares tão absurdas.

A crítica voltada à falta de motivação das decisões dos jurados também parece-nos sem fundamento, pois o sigilo da votação é garantia mais valiosa para o acusado do que a obrigação formal de motivação da decisão. Afinal, alguém negaria que, mesmo na justiça togada, alguns magistrados condenam por meio de motivações juridicamente válidas, mas, no fundo, camuflam as mais apriorísticas convicções?

A garantia de motivação das decisões, como garantia processual, visa a assegurar direitos⁽¹³⁾ que, no procedimento do júri, acabam sendo garantidos de certa forma pela pronúncia adequadamente fundamentada. Quanto ao *contraditório*⁽¹⁴⁾ e ao *duplo grau de jurisdição*⁽¹⁵⁾ na segunda fase do proce-

dimento, a ausência da motivação acaba compensada, no caso do primeiro, pela plenitude de defesa e, no segundo, pela soberania dos veredictos.

Com efeito, se a motivação das decisões é meio de assegurar a impugnação do mérito da decisão,⁽¹⁶⁾ sob este viés, a soberania dos veredictos dispensaria, por contradição lógica, a necessidade de motivação para exercício do duplo grau de jurisdição, uma vez que o recurso contra a condenação não precisa que sejam conhecidas as razões do veredicto, mas que seja possível demonstrar a inconsistência jurídica da prova em geral.⁽¹⁷⁾ Por outro lado, é verdade que, sem conhecer os fundamentos do veredicto, não se tem como assegurar o respeito ao *contraditório* ou, na acepção de **Antonio Magalhães Gomes Filho**, garantir que efetivamente o jurado tenha julgado *relevante* e não tenha *ignorado* a participação das partes no julgamento.⁽¹⁸⁾

A este respeito, todavia, perde-se sob o aspecto *formal*, mas há ganhos valiosos do ponto de vista *real*, porquanto o risco do jurado *ignorar* algum argumento é relativizado no júri pelo direito à plenitude de defesa, o qual permite, como observa **Garcez Ramos**, o respeito ímpar ao *princípio acusatório*, dada a inércia total do jurado frente à prova, a observância efetiva do *princípio da audiência* e da *imedição*, com produção de provas e discussão direta perante os juízes da causa, sem intermediários, além dos princípios da *oralidade*, da *concentração*, da *identidade física do juiz* e da *publicidade dos atos*.⁽¹⁹⁾

Esta é a forma como o legislador conseguiu garantir que os argumentos apresentados não sejam *ignorados*, pois saber se o juiz leu um arrazoado é impossível, daí porque recomendada a motivação posterior da decisão na justiça comum, ao passo que, no júri, a garantia de que o jurado *ouviu* as considerações das partes decorre da própria garantia de audiência, “ao vivo e em cores”, contínua dos argumentos apresentados.⁽²⁰⁾

Agora, mais importante do que isto é a constatação de que os alicerces jurídicos de uma futura condenação, a rigor, já estão à disposição dos jurados, pois foram devidamente analisados no momento do recebimento da denúncia e da pronúncia. A acusação é o processo; a defesa é o argumento. Ou seja, obrigar o jurado a fundamentar a decisão seria, no “frigor dos ovos”, obrigá-lo a justificar porque divergiu do *status quo* processual e *não* condenou o réu.

Em outras palavras, para condenar, o jurado poderia “colar” dos autos; obrigá-lo, pois, a motivar seria obrigá-lo a explicar o ineditismo da absolvição, dificultando a prolação de veredicto inocentando o réu.⁽²¹⁾

A reforma processual de 2008, que introduziu o quesito obrigatório “o jurado absolve o réu” (art. 483, III e § 2º, do CPP), é um bom reflexo deste entendimento, ao possibilitar que os jurados absolvam mesmo à revelia da prova, até por clemência,⁽²²⁾ sem que a corte de apelação possa cassar o veredicto. De fato, não é possível interpretar o dispositivo de outra maneira, porque não faria sentido obrigar o jurado a responder tal quesito *sempre*, mas só aceitar *sim* como resposta em alguns casos.

Ao prever o sigilo das votações, o constituinte pretendeu desobrigar o jurado de explicar o porquê de ter absolvido; sim, porque, chamado a preencher os microespaços vazios que o julgamento técnico não é capaz de alcançar, o jurado decide dilemas que mesmo o juiz técnico não resolveria sem uma boa dose de irracionalidade ou com a intuição, se preferirem. Os jurados não podem condenar à revelia da lei e da prova dos autos (por isto a importância das balizas colocadas pela pronúncia), todavia, podem absolver por íntima convicção. Este é o espírito da inexigência de motivação da decisão do jurado, muito bem assimilado pelo legislador de 2008.

O julgamento de um homem por outro homem é atividade falha por excelência, mas é preciso entender melhor o júri antes de criticá-lo. Apesar de algumas distorções jurisprudenciais, o júri se destina a um só objetivo: dar a chance de ser proclamada a inocência de pessoa, até mesmo em casos nos quais a justiça togada, por sua limitação técnica, tivesse dificuldade de encontrar *fundamentos jurídicos* para fazê-lo.

NOTAS

- (1) As reflexões aqui colocadas são muito mais fruto da experiência quase semanal do autor perante o Tribunal do Júri da Capital paulista do que do estudo teórico da instituição popular.
- (2) **MATOS, Gregório de**. *Reprovações. Poemas escolhidos de Gregório de Matos*. Seleção e prefácio de **José Miguel Wisnik**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 104.
- (3) **MARQUES, Frederico**. *O júri no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1955, p. 47.
- (4) Há quem diga que **Hungria** teria revisto suas críticas ao júri em carta-prefácio do livro de **Carlos Araújo Lima**, *Os grandes processos do júri*, 4. ed., volume 2, ao referir-se à eloquência dos tribunos, como a “*poeira de ouro*” e ao finalizar dizendo que “*quase chego a reconciliar-me com o tribunal do povo*”.
- (5) Ob. cit., p. 48.
- (6) Ob. cit., p. 50.
- (7) Ob. cit., p. 48.
- (8) Em sentido contrário, **Paulo Rangel** entende haver desequilíbrio de classes, capaz de afetar sua legitimidade, entre os integrantes do conselho de sentença e os ocupantes habituais do banco dos réus (**RANGEL, Paulo**. *Tribunal do Júri – Visão*

lingüística, histórica, social e política. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 44).

- (9) Ob. cit., p. 48.
- (10) Júri Popular: posição contrária, in *Jornal Carta Forense*, de 04 de maio de 2010.
- (11) **LE BON, Gustave**. *Psicologia das Multidões*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008, p. 162.
- (12) Expressão cunhada por **Aury Lopes Junior** no trabalho citado, referindo-se ao que o mencionado autor considera a praxe da dispensa de testemunhas em plenário.
- (13) **Antônio Magalhães Gomes Filho** elenca entre estes direitos, a efetiva cognição judicial, a imparcialidade, a independência, a competência do juiz e a delimitação da coisa julgada (**GOMES FILHO, Antonio Magalhães**. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 95-105).
- (14) Ob. cit., p. 100.
- (15) Ob. cit., p. 102.
- (16) Ob. cit., p. 102.
- (17) Em que pese a sistemática do atual Código de Processo Penal permitir a cassação do veredicto absolutório por divergência com a prova, não vemos como tal previsão possa se coadunar com a soberania dos veredictos, sobretudo, depois que a própria lei adjetiva prevê a possibilidade do jurado absolver sempre sem justificar o porquê. O veredicto absolutório não poderia ser cassado por ser manifestamente contrário à prova, uma vez que a defesa não é obrigada a provar nada, e, portanto, os fundamentos da absolvição, a rigor, não precisam constar dos autos.
- (18) Ob. cit., p. 100.
- (19) **RAMOS, João Gualberto Garcez**. *O júri como instrumento de efetividade da reforma penal*. RT, 699, pp. 286, jan. 1994.
- (20) Poder-se-ia objetar, a partir daqui, que a atuação no júri exige técnicas alheias ao conhecimento jurídico, que vão desde o manejo de uma oratória própria para o ato diversa da oratória forense convencional, passando por uma boa dose de sensibilidade e emoção, vasta curiosidade pelos problemas que habitam a alma humana, tendo como fontes áreas como a psicologia, a literatura, a filosofia e, se for o caso, até credences populares, o que, longe de depreciar o tribunal do povo, ajuda a entender a resistência que lhe colocam alguns juristas mais talhados para o discurso técnico-jurídico puro. O equívoco é considerar que tais instrumentos de persuasão são os culpados por veredictos sem bases jurídicas, olvidando-se que esses alicerces, como vimos, deveriam ter sido fincados na sentença de pronúncia.
- (21) O prejuízo que a exigência de motivação traria seria bastante sentido quando a prova de autoria fosse contraposta apenas com a negativa do réu, a qual, no entanto, fosse preferida pelos jurados simplesmente porque o interrogatório transmitiu-lhes sensação de veracidade, embora tivessem sérias dificuldades para fundamentar esta *sensação*. Tentemos imaginar, então, quando os jurados quiserem absolver à revelia até da própria confissão do réu, a dificuldade que não teriam para fundamentar a decisão.
- (22) Neste sentido, é o entendimento de **Guilherme de Souza Nucci** em seu *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 812.

Fábio Tofic Simantob

Advogado criminalista em São Paulo.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE OFENSIVIDADE EM DIREITO PENAL: REVISITANDO O CONCEITO DE BEM JURÍDICO A PARTIR DA TEORIA DO RECONHECIMENTO

Vinicius Gomes de Vasconcellos

O presente artigo surge como consequência de pesquisa realizada no período de agosto de 2009 a julho de 2010 com apoio financeiro do CNPq. Aqui serão apresentados alguns dos seus resultados diretos, bem como debates que ocorreram no Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia da PUC/RS, o qual é vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais dessa mesma universidade. Teremos como objetivo a realização de uma aproximação entre a Teoria do Reconhecimento de **Axel Honneth**, representante da Escola de Frankfurt, com a Teoria do Bem Jurídico-penal. Acredita-se que, desse modo, possa ser feito contributo para, ao menos, melhor elucidar as aporias do conceito de bem jurídico-penal. Portanto, pretende-se explicitar que a Teoria do Reconhecimento oferece um arcabouço teórico que permite o desenvolvimento e a fundamentação de um Direito Penal voltado à proteção de bens jurídicos, no contexto de um Estado Democrático do Direito, que, ao mesmo tempo, não ignora e, ao contrário, permite a compreensão da lógica moral dos conflitos sociais.

Analizando a evolução das relações pessoais e econômicas na sociedade e o desenvolvimento dos conhecimentos científicos, podemos apontar diversos fenômenos modernos que influenciam diretamente diversas áreas de interesse coletivo. Tais acontecimentos, somados à crescente globalização de tecnologias e conhecimentos – sejam eles um avanço ou um retrocesso para a humanidade – estão trazendo à tona problemas e questionamentos fundamentais acerca do Direito, da Política e, primordialmente, da liberdade individual.

Vivemos em um mundo cada vez mais complexo, praticamente sem fronteiras internacionais e restrições para a disseminação de ideias – ou ideologias. A sociedade percebe-se acuada por fatos desconhecidos, sem consequências precisas e com uma capacidade de alastramento indescritível, ou seja, *riscos* – como, por exemplo, mutações genéticas, transgênicos e o uso de tecnologia nuclear. Há, então, uma pressão por um controle que não se sabe ao certo o quanto deve ser rígido ou permissivo, mas que se apresenta, certamente, com tendências ao controle excessivo.

Em paralelo, podemos ressaltar outro fenômeno que estava latente na sociedade, mas que, com os atentados terroristas aos Estados Unidos em 2001, se sobrepõe às observações científicas: a concepção do direito penal

do inimigo. O constante estado de pânico e medo gerado por esse incompreensível ataque a uma nação tem fundamentado políticas invasivas e inconcebíveis a um Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, os ideais de um direito penal mínimo, fundado no princípio da *ultima ratio*, tornam-se obstáculos a serem denegados em prol do expansionismo penal. Esta pesquisa se faz relevante diante da essencialidade de uma limitação do poder punitivo do Estado para que sejam evitadas violações de direitos individuais. Pode-se dizer, portanto, que o presente debate gira em torno do conceito de bem jurídico, mas que, na verdade, aborda divergências de conteúdo acerca de qual deve ser o alcance legítimo do Direito Penal.

Ponto chave na análise crítica do tipo penal face à Teoria do Bem Jurídico é a análise tri-dimensional de seu conteúdo. Propomos, aqui, uma escala de verificação fundada em três níveis, quais sejam, a dignidade, a necessidade e a ofensividade. Tal inquirição precisa ser realizada tanto em âmbito abstrato, pelo legislador, quanto em concreto, pelo juiz – embora esse venha a focar-se mais especificamente no último quesito, a ofensividade. Neste trabalho, enfoquemos na dignidade do bem jurídico tutelado pelo tipo em questão. É aqui que se relaciona, de modo mais direto, a Teoria do Reconhecimento de **Axel Honneth** com o conceito a ser revisitado nesta pesquisa.

Luciano Feldens defende uma íntima relação entre a Constituição e o Direito Penal, mais especificamente, o poder de criminalização garantido ao legislador ordinário. Sustenta ele que “a Constituição figura como um quadro referencial obrigatório da atividade punitiva, contendo as decisões valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio à legislação penal e ao mesmo tempo obrigatório para ela”.⁽¹⁾

Os mandamentos constitucionais seriam, desse modo, a *síntese a priori* da possibilidade de criminalização de condutas, um

vínculo limitador do poder de punir.

Como sustenta **Paulo Vinicius Sporleder de Souza**, embora sendo imprescindível uma filtragem dos bens jurídicos tendo-se em tela os ditames constitucionais, ela não basta nem é suficiente para fundamentar o princípio da dignidade penal ou do merecimento da pena.⁽²⁾ Queremos defender, portanto, que há sempre uma necessidade de legitimação social do Bem Jurídico a ser tutelado pela lei penal, ainda que continuemos a garantir a preponderância dos mandamentos constitucionais. É cristalino que há algo pré-normativo, uma noção compartilhada no nível das relações individuais.

Axel Honneth divide as relações de reconhecimento em três esferas: do amor, do direito e da estima social; passemos a analisar em detalhe a segunda delas. Com base em **Thomas H. Marshall**, ele defende que “um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros da coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa forma discursiva da vontade; e a possibilidade de se referir positivamente de si mesmo

desse modo é o que podemos chamar de autorrespeito”.⁽³⁾ **Marshall** sustenta que a busca por igualdade social, ou seja, “o nivelamento histórico das diferenças sociais de classe”,⁽⁴⁾ é realizada por uma constante luta por uma ampliação de direitos fundamentais, tanto em seu aspecto objetivo – ou seja, a quantidade de garantias – quanto em seu âmbito de disseminação social – a quantidade de pessoas e grupos que efetivamente possuem tais direitos reconhecidos.

Aqui podemos nutrir a ideia de que os bens jurídicos devem ser percebidos de modo semelhante, qual seja, a partir de uma análise histórica, uma perspectiva de construção social por meio de uma pressão evolutiva em busca de direitos e garantias essenciais ao convívio em sociedade e ao reconhecimento mútuo entre os indivíduos,

Vivemos em um mundo cada vez mais complexo, praticamente sem fronteiras internacionais e restrições para a disseminação de ideias – ou ideologias. A sociedade percebe-se acuada por fatos desconhecidos, sem consequências precisas e com uma capacidade de alastramento indescritível

ou seja, uma luta por igualdade. Vale, aqui, destacar as palavras de **Honneth**: “É importante para os nossos fins somente a demonstração de que a imposição de cada nova classe de direitos fundamentais foi sempre forçada historicamente com argumentos referidos de maneira implícita à exigência de ser membro de igual valor da coletividade política”.⁽⁵⁾ O direito penal, em última análise, tem por objetivo limitar, mas, desse modo, garantir a liberdade das pessoas face aos outros cidadãos da sociedade. Ao restringir as condutas de cada pessoa igualmente, sem privilégios ou exceções, o poder punitivo garante a todos o reconhecimento de seu igual valor, assegurando, assim, o autorrespeito individual.

PARTICIPE POR ACREDITAR

GARANTA JÁ SUA VAGA NO 17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Faça parte desse encontro. Antecipe-se para não ficar de fora do maior evento de Ciências Criminais da América Latina. Vagas limitadas.

Inscrições:

WWW.IBCCRIM.ORG.BR/SEMINARIO

* No mês de julho, parcele o valor da inscrição em 4 x no cartão de crédito e pague com desconto.

Patrocínio:



• Advocacia Assis Toledo & Vilhena Toledo • Advocacia Casagrande • Advocacia Mariz de Oliveira • Alexandre Cordeiro Advogados Associados • Alexandre Wunderlich & Salo de Carvalho Advogados Associados • Almeida Castro Advogados Associados • Arns de Oliveira e Andreazza Advogados Associados • Barandier Advogados Associados • Bitencourt & Naves Advogados Associados • Campos Júnior, Pires & Pacheco Advogados • Carla Rahal Benedetti Advocacia Criminal • Cavalcanti & Arruda Botelho Advogados • Clodomir Araujo Advogados Associados • Coelho, Costa, Alves e Zaclis Advogados • David Rechulski, Advogados • Décio Freire & Associados • Delmanto Advocacia Criminal • Dias e Carvalho Filho Advogados • Edson Ribeiro Consultoria e Advocacia Criminal • Eduardo Sanz Advogados Associados • Escritório Professor René Dotti • Faragone Advogados • Gamil Föppel Advogados Associados • Ivahy Badaró Advogados Associados • Joyce Roysen Advogados • Law & Liberatore Advogados • Luchione Advogados • Luis Alexandre Rassi e Pedro Paulo Medeiros – Advocacia Criminal • Malheiros Filho, Camargo Lima e Rahal Advogados • Marcelo Leonardo Advogados Associados • Márcio Thomaz Bastos Advogados • Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M. Zynger Advogados • Mario de Oliveira Filho e Oliveira Advogados Associados • Massud e Sarcedo Advogados Associados • Milaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente • Moraes Pitombo Advogados • Moraes - Advogados Associados • Nelio Machado, Maronna, Stein e Mendes Advogados • Oliveira Campos Advogados • Oliveira Lima, Hungria, Dall’acqua e Furrier Advogados Associados • Podval, Antun, Indalécio e Advogados • Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal • Rão, Pacheco, Pires & Penón Advogados • Ruiz Filho e Kauffmann Advogados Associados • Saad Gimenes Advogados Associados • Silvio & Gustavo Teixeira Advogados Associados • Siqueira Castro - Advogados • Sobbbé & Suliani Advogados Associados • Tofic e Fingeremann Advogados • Toron, Torihara e Szafir Advogados • Vilarde e Advogados Associados • Zanoide de Moraes, Peresi & Braun Advogados Associados • Zenkner Schimidt, Poeta & Feldens Advogados Associados

NOTAS

- (1) **FELDENS, Luciano.** *Direitos Fundamentais e Direito Penal.* Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 30.
- (2) **SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de.** *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 142-145.
- (3) **HONNETH, Axel.** *Luta por Reconhecimento.* A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 197.
- (4) *Idem*, p.190.
- (5) *Idem* p.191.

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC/RS. Bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq desde 2009. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia da PUC/RS.

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

- Defensores Públicos do Distrito Federal - ADEPDF

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ SÃO PAULO

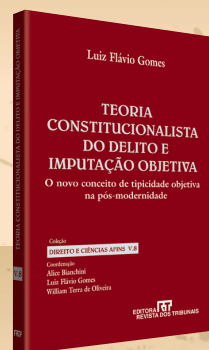
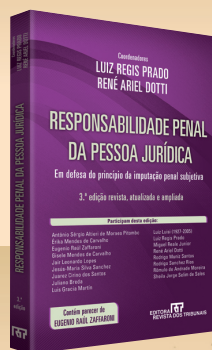
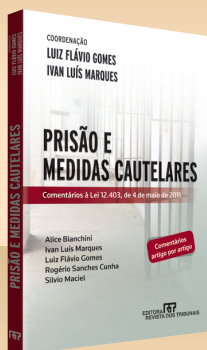
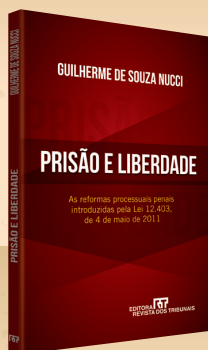
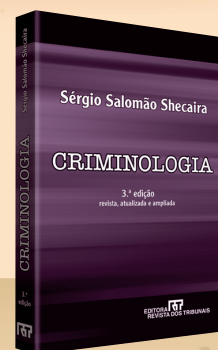
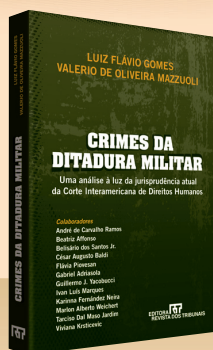
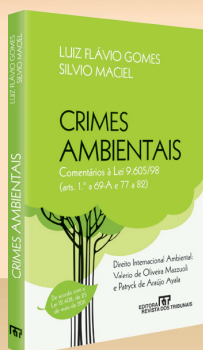
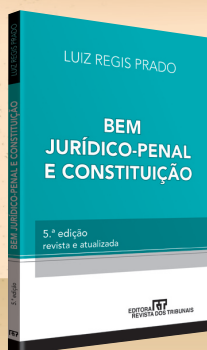
- Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP
- Associação dos Delegados de Polícia de São Paulo - ADPESP

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

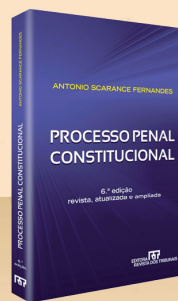
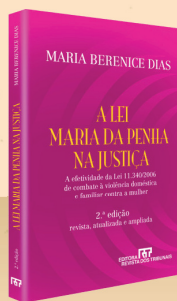
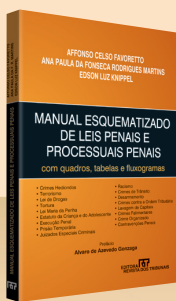
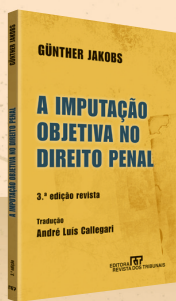
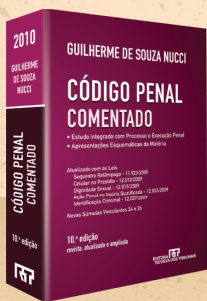
Fundamental PARA A SUA CARREIRA



Lançamentos



Conheça também



Adquira essas e outras obras na livraria RT

livraria
RT

www.livrariart.com.br