

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

A BUSCA DE NOVOS RUMOS PARA A EXECUÇÃO PENAL

A execução penal constitui, sem sombra de dúvidas, uma das etapas de maior tensão de toda a dinâmica da intervenção penal. E isso não é de hoje. Desde que se tenta encontrar fins para a pena – e aí se vão alguns séculos de teorias e fórmulas que parecem primar pela artificialidade e pela falta de contato com a realidade – a *utilidade* da resposta penal tem informado a pauta diária das iniciativas legislativas envolvendo o cumprimento da condenação. Sobre tudo a partir de **Feuerbach**, que viu na ameaça penal um mecanismo eficaz de coação psicológica, e de **Von Liszt** e **Beccaria**, com a defesa da prevenção especial positiva (ressocialização), o discurso preventista vem representando o fio condutor desse debate. No Brasil, tal perspectiva está expressamente consignada, desde a década de 80, em dispositivos legais, como o art. 59 do Código Penal e o art. 1º da Lei de Execução Penal.

A Lei nº 12.433, promulgada em 29 de junho desse ano, veio inspirada no ideal ressocializador. A par de eventuais críticas que lhe possam ser dirigidas por reforçar o *prevencionismo* – meta de alcance sempre indemonstrável – parece ser indubitável que a admissão do estudo durante a execução, de forma expressa pela lei, como requisito para a remição da pena, é providência que tende a minimizar os efeitos dessocializadores do cárcere. E por uma razão muito simples: ela proporciona, mediante um estímulo positivo para a vida futura do condenado, o abreviamento da pena.

A nova lei alterou quatro artigos da LEP (arts. 126 a 129). Com isso, introduziu, de *lege lata*, um pressuposto para a remição da pena que já vinha sendo reconhecido pela jurisprudência, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme estabelecido na Súmula 341, segundo a qual “*a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto*”. Sem a lei, entretanto, não existiam critérios para a remição em virtude do estudo (nível dos cursos, proporção entre tempo de atividade e dias remidos, hipóteses de revogação etc.), lacuna que entregava ao juiz margem extrema de discricionariedade para decidir. E a excessiva discricionariedade é sempre incompatível com o respeito à igualdade.

Muito bem-vinda, portanto, a definição normativa de aspectos, como, por exemplo, a possibilidade de remição pelo estudo em praticamente todos os níveis educacionais (fundamental, médio, profissionalizante, superior e requalificação profissional), inclusive fora do estabelecimento penal e em virtude de atividades presenciais ou à distância, tanto para a prisão decorrente de condenação quanto para a prisão cautelar, questões que ficavam antes sujeitas a critérios que cada juiz elegia no caso concreto,

muitas vezes diversamente, implicando tratamento diferenciado para situações análogas.

Mas é bom ressaltar que alguns pontos da nova disciplina legal merecem reflexão cuidadosa para que garantias fundamentais não venham a ser afetadas pelo rigor de uma interpretação literal. É o que ocorre com a diferenciação de regimes de cumprimento da pena na remição pelo estudo e pelo trabalho. Aquele pode remir a pena executada em qualquer regime (fechado, semiaberto e aberto) ou mesmo durante o livramento condicional. Este só autoriza a remição quando realizado nos regimes fechado e semiaberto. Não há, aparentemente, justificativa para que tenha permanecido a restrição aos dois regimes mais graves na concessão do benefício em razão do trabalho. E dois motivos, pelo menos, recomendariam o contrário. Primeiro, tanto o estudo quanto o trabalho são atividades que proporcionam a minimização dos efeitos dessocializadores do cárcere, *em qualquer regime de execução*. Segundo, a própria lei admitiu a cumulação entre estudo e trabalho para fins de remição, desde que haja compatibilidade de horários (art. 126, § 3º, da LEP). Não há sentido em admitir a cumulação, porém restringir um dos critérios – o do trabalho – aos regimes mais rigorosos de cumprimento da pena.

A nova lei tem natureza penal e trata de prisão. Sua retroatividade benéfica é, portanto, tema incontroverso. Os condenados que já vinham estudando durante a execução têm direito à remição, calculada com base no período de atividades anterior à entrada em vigor da Lei nº 12.433/11, inclusive em regime aberto ou no curso de livramento condicional. Aqueles que, em virtude de falta grave, perderam todo o tempo remido – conforme estabelecia a antiga redação do art. 127 da LEP – têm direito ao reexame judicial desse período, que só poderá ser revogado, agora, até o limite de 1/3 (um terço). Milhares de condenados podem ser beneficiados por um comprometimento que assumiram antes mesmo que a lei os favorecesse.

Mudanças pressupõem reconsideração de ideias, mas nunca o abandono de princípios. A superação definitiva do paradigma prisional, cujas consequências danosas são, desde sempre, sentidas, depende da escolha de novos rumos para a execução penal, que não incluam lances de criatividade perversa, como os que permitiram a conversão de prisões em verdadeiras jaulas em pleno século XXI. Se, por um lado, o ideal ressocializador é passível de críticas por pressupor, de certa forma, uma submissão do condenado a valores que podem não ser os que ele elegeu, parece ser inquestionável que é, ainda, a meta da reinserção social o que torna o cumprimento da pena menos desumano. E todas as iniciativas legislativas que tenderem à realização dessa meta serão, portanto, bem-vindas.

EDITORIAL:

- **A BUSCA DE NOVOS RUMOS PARA A EXECUÇÃO PENAL**1
- **CONTROVÉRSIAS DO CRIME DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO**
Cezar Roberto Bitencourt.....2
- **NOTAS SOBRE A ADMISSIBILIDADE ÉTICA DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO**
Nuno Caiado.....4
- **O SILÊNCIO QUE ENSURDECE**
Marcos Zilli.....5
- **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO (CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DA ADPF 187)**
Luciano Feldens e Heloísa Estellita.....6
- **AS BOAS NOVIDADES DA LEI 12.403 DE 2011**
Rodolfo de Almeida Valente.....8
- **A LEI N. 12.403/11 E A SUPERAÇÃO DA TESE DA NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO EM FLAGRANTE**
Galvão Rabelo.....9
- **PRISÃO CAUTELAR: A NECESSIDADE COMO PRESSUPOSTO IMPRESCINDÍVEL**
Tiago Cintra Essado.....10
- **A COMERCIALIZAÇÃO DA PUNIÇÃO**
Danilo Cymrot.....12
- **O TRIBUNAL DO JÚRI DE ACORDO COM O PL 156/09: ALGUNS PARADOXOS NÃO RESOLVIDOS**
Guilherme Rodrigues Abrão.....14
- **EM DEFESA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL**
João Paulo Orsini Martinelli15
- **“POR JUSTIÇA, TERRA E VIDA”: CRIMINALIZAÇÃO E MORTE DE LIDERANÇAS INDÍGENAS**
Tédney Moreira da Silva.....16
- **A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: UMA VISÃO SOBRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**
Gabriel Haddad Teixeira.....18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRAACIONAL. CONVERSÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM RAZÃO DE DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA MEDIDA. ANULAÇÃO DA DECISÃO.**1481

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal1482
- Superior Tribunal de Justiça1482
- Superior Tribunal Militar.....1483
- Tribunais Regionais Federais.....1483
- Tribunais Regionais Eleitorais.....1485
- Tribunais de Justiça.....1486

ESPECIALIZAÇÃO

CRIMINOLOGIA

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

INSCRIÇÕES ONLINE
Até 05 de setembro de 2011

INÍCIO DO CURSO
23 de setembro de 2011

CARGA HORÁRIA
360 horas/aula

COORDENAÇÃO
Prof. Dr. Giovani Agostini Saavedra (PUCRS)
Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino (IBCCRIM)



www.pucrs.br/educacaocontinuada
www.ibccrim.org.br



CONTROVÉRSIAS DO CRIME DE DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO

Cezar Roberto Bitencourt

1. A peculiar tipificação da conduta do particular no crime do art. 89 da Lei 8.666/93

O crime de mão própria, regra geral, admite a intervenção de terceiro, sem a qualificação exigida no tipo, na condição de *mero partícipe*, ou seja, participante com uma atividade secundária, sem realizar diretamente a conduta nuclear do tipo penal. Mas a descrição do art. 89, parágrafo único, da Lei 8.666/93 apresenta uma *peculiaridade especial*: limita a intervenção e, também, a punibilidade do *extraneus*, que condiciona à obtenção de benefício representado pela celebração de contrato com o Poder Público. Essa é a interpretação que se pode extrair do texto, segundo o qual incorre na mesma pena quem, comprovadamente concorrendo para a consumação da ilegalidade, beneficia-se “da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público”. Assim, ainda que alguém tenha concorrido para a consumação da ilegalidade, se não se houver beneficiado celebrando contrato com o Poder Público, não responderá como *partícipe* desse crime. Trata-se, na verdade, de uma clara e expressa limitação da responsabilidade penal de “quem, de qualquer modo, concorre para o crime” (art. 29 do CP) constituindo exceção à *teoria monística da ação* que, por determinação do art. 12 do CP aplicar-se-ia também aos fatos incriminados por lei especial. Contudo, sua aplicação é ressalvada pelo próprio dispositivo citado, ou seja, “se esta não dispuser de modo diverso”, pois o parágrafo único do art. 89, *sub examen*, dispõe diversamente: o terceiro que, de algum modo, contribuir para o crime, dele não se beneficiando por não contratar com o Poder Público, não incorre nas penas a esse cominadas.

O legislador, com essa previsão do parágrafo único do art. 89, restringiu expressamente o alcance do disposto no art. 29 do CP, dispondo diversamente (art. 12 do CP). Com efeito, para punir o *partícipe*, exige comprovação de que o mesmo concorre para a consumação da ilegalidade, e, ainda, que se beneficie com ela, isto é, contratando com o Poder Público. Logo, qualquer outra contribuição, por mais efetiva que possa ser, o sujeito, não se beneficiando diretamente com a ilegalidade contratando com o Poder Público, não se adequa ao tipo penal desse art. 89. Em outras palavras, fora desses limites, o legislador tornou atípica a contribuição de eventual *partícipe extraneus* que não se tenha beneficiado diretamente com a dispensa ou não exigibilidade de licitação.

Não ignoramos, é verdade, entendimento diverso dos destacados penalistas Vicente Greco Filho e Paulo José da Costa Jr. Para o primeiro, a previsão do parágrafo único do art. 89 consubstanciaria a configuração do superado “dolo específico”, representado pela contratação com o Poder Público,⁽¹⁾ para o segundo, o referido parágrafo único estaria estabelecendo forma de participação

elevada à condição de crime autônomo.⁽²⁾ *Venia concessa*, não nos parece sustentável nem uma nem outra das orientações mencionadas. Na verdade, a redação, *sui generis*, do parágrafo único do art. 89, pode-se afirmar, não criou uma *figura especial* de conduta típica *assemelhada*, como, eventualmente, o legislador penal faz (v.g., arts. 171, § 2º, 334, § 1º, todos do CP etc.). Não se trata, tampouco, de *crime autônomo* semelhante ao tipo base, a exemplo do que consta nos dispositivos antes mencionados.

Seria desnecessário acrescentar um parágrafo ao tipo penal para determinar que o *partícipe* incorre nas mesmas penas, pois a *norma de extensão* do art. 29 do CP) já o alcançaria, por força do disposto no art. 12 (primeira parte). Por outro lado, tampouco elevou o *instituto da participação* estrito senso à condição de crime autônomo, pois não lhe criou nenhuma conduta específica, apenas condicionou sua punibilidade a (i) comprovadamente ter concorrido para a “consumação da ilegalidade” e (ii) beneficiar-se, contratando com o Poder Público. São, na verdade, duas condições limitadoras da punição do *partícipe*, e não a criação de nova figura autônoma para este, e muito menos criação de “dolo específico” para sua punição. Convém destacar que o *elemento subjetivo especial do tipo*, como aspecto subjetivo distinto do dolo, não precisa concretizar-se, basta que oriente a conduta ampliando o alcance do dolo, ao passo que a previsão do parágrafo único do art. 89 que ora se examina, ao contrário, exige a concretização tanto da contribuição na consumação do crime como também do benefício auferido. Essa dupla exigência do texto legal torna-o incompatível com o *elemento subjetivo especial do tipo* (o qual não se confunde com o dolo), que os *causalistas* denominavam “dolo específico”.

Enfim, concluindo, o legislador limitou a responsabilização do *partícipe extraneus*, punindo-o somente se este se beneficiar com a dispensa ou inexigibilidade ilegal da licitação, celebrando contrato com o Poder Público. Trata-se, na realidade, de uma espécie de *condição objetiva de punibilidade*, exigida somente em relação ao *partícipe extraneus*.

2. Criminalização de error in procedendo: violação do princípio de proporcionalidade

Constata-se, de plano, que a tipificação contida no *caput* do art. 89 cuida de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Interessa-nos, contudo, somente a terceira modalidade descrita no *caput*: “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”. Essa modalidade legal de conduta refere-se à hipótese em que é, legalmente, dispensável ou inexigível a licitação, mas que, ao fazê-lo, o servidor público



(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

CORRETORA 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

não cumpre rigorosamente com o *procedimento* estabelecido para proceder a sua *dispensa ou inexigibilidade*. Na verdade, lamentavelmente, o legislador resolveu criminalizar um *error in procedendo*, na medida em que a situação é de *dispensa* ou *inexigência* de licitação, e que o servidor (gestor público) adota a opção correta, apenas *erra* no aspecto formal da execução do ato administrativo.

Constata-se, nesse caso, um claro *exagero* do legislador criminalizando um simples *erro administrativo*, sem objetividade jurídica punível identificável, além de não produzir qualquer lesão ao patrimônio público ou mesmo à propalada *ordem pública* (de difícil identificação). A rigor, temos dificuldade em aceitar a *constitucionalidade* dessa criminalização, a qual peca pelo excesso, violando, em outros termos, o *princípio da proporcionalidade*, considerando-se que mero *error in procedendo*, além de indevidamente criminalizado, é sancionado com pena de três a cinco anos de detenção e multa. Ademais, é extremamente difícil se apurar a existência de *elemento subjetivo* orientador da *conduta equivocada* do servidor público, no caso, a existência de *dolo*, considerando-se que se trata de *erro* do agente.

Sintetizando, a nosso juízo, a mera *omissão procedimental*, isto é, o simples fato de o administrador público não fundamentar, segundo as formalidades estabelecidas pelo art. 26, parágrafo único, dando os motivos que o levam à *contratação pública direta*, sem licitar, por si só, é insuficiente para caracterizar a conduta incriminada de “*dispensa ou inexigência de licitação*” ilegal. E *criminalizar*, como pretende a segunda parte do art. 89, caracteriza flagrante e abusivo excesso do poder punitivo estatal, violando claramente o *princípio da proporcionalidade*, como temos sustentado alhures.

Por fim, a elementar “*formalidades pertinentes à dispensa e à inexigibilidade*”, que deve ser observada pelo administrador público, também configura norma penal em branco *homóloga*. Com efeito, essas formalidades, na nossa ótica, limitam-se àquelas estabelecidas no parágrafo único do art. 26 da lei de regência. Na realidade, não se pode dar toda abrangência pretendida por **TAVARES DE FREITAS**⁽³⁾ a uma norma penal incriminadora pelas mesmas razões que acabamos de expor, pois ampliaria em demasia o alcance da norma penal incriminadora. Com efeito, eventuais diretivas estabelecidas por outras esferas legislativas ou administrativas, criando novos procedimentos ou exigindo outras formalidades, como refere o autor supracitado, não ultrapassarão o *plano administrativo* e jamais poderão integrar a norma penal incriminadora. Esses outros *complementos normativos*, de outras esferas (estadual, municipal etc.), se existirem, seus efeitos ficarão limitados ao plano administrativo, podendo anular o edital ou, dependendo das circunstâncias, o próprio certame licitatório, sem, contudo, produzir

efeito na lei incriminadora. Assim, quaisquer outras exigências, além das previstas na lei de regência, não integram a norma penal incriminadora, e, por essa razão, eventuais descumprimentos constituirão, repetindo, no máximo, infrações administrativas, sem qualquer reflexo na seara criminal, sob pena de violar o princípio da taxatividade da descrição típica.

3. Consumação dos crimes de dispensa ilegal de licitação

Qualquer das modalidades descritas no *caput* do art. 89 não se consuma enquanto não houver *contratação pública* de algo (de obra, serviço ou aquisição de material). Antes desse momento fica inclusive impossível comprovar a existência de *vontade consciente* (*dolo*) de descumprir o comando legal; pode-se inclusive, cancelar os trâmites administrativos, que fazem parte de uma *atividade complexa*, sem que tais atos tenham invadido a seara da proibição penal.⁽⁴⁾ Nessa linha, é inconcebível pretender sustentar que o crime consuma-se – nas modalidades de *dispensa ou inexigência de licitação* – com a simples edição de um ato administrativo dispensando a realização do procedimento licitatório, como pretendem alguns doutrinadores. Não caberá sequer *ação de improbidade administrativa* (Lei n. 8.429/92), aliás, tampouco é aplicável aquela *responsabilidade objetiva* (que se limita ao âmbito administrativo) prevista no § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

A conduta – “*deixar de observar as formalidades pertinentes*” – refere-se a hipóteses em que é, legalmente, dispensável a licitação, mas que, ao fazê-lo, o servidor público não cumpre rigorosamente com o *procedimento* estabelecido para proceder a sua *dispensa ou inexigibilidade*. A rigor, temos dificuldade em aceitar a *constitucionalidade* dessa criminalização, que peca pelo excesso, violando o *princípio da proporcionalidade* ao criminalizar um simples *error in procedendo*. Contudo, para quem reconhece a sua constitucionalidade, a *consumação* ocorre somente com a efetivação do contrato licitatório e não com a mera declaração de *dispensa ou inexigibilidade* de licitação, e tampouco com o simples descumprimento dos prazos de 03 ou 05 dias referidos no *caput* do art. 26 da lei de regência. A inobservância desses aspectos constitui, no máximo, irregularidades (ou infrações) administrativas, mas jamais podem tipificar as condutas descritas no dispositivo que ora examinamos, sob pena de violar o sagrado *princípio da reserva legal*.

Quanto à *conduta descrita* no parágrafo único do art. 89, a infração penal consuma-se somente quando houver (se houver) a *contratação ilegal* do objeto da licitação pelo

agente, para cuja ilegalidade tenha concorrido. Com efeito, somente assim o agente se beneficia “*da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público*”. Por isso, a infração *somente se consuma com a obtenção da vantagem da dispensa ou da inexigibilidade*. Qualquer outra eventual contratação com o Poder Público, que não aquela para a qual tenha concorrido para consumir a ilegalidade, não tipificará essa conduta.

Pode ocorrer, por exemplo, que o gestor público, depois de haver determinado a instauração do procedimento licitatório, expedido os editais, marcado prazo para abertura

das propostas, mas antes de fazê-lo, *desiste* de abri-las, ou mesmo após, voluntariamente, dá por encerrada a licitação e cancela o procedimento. Nesse caso, sem dúvida alguma, estaremos diante da figura da *desistência voluntária*. Contudo, se prosseguir nessa fase administrativa, mas interrompendo-a, e antes de firmar o contrato com o(s) vencedor(es), cancela o certame, voluntariamente, podendo-se falar, nessa hipótese, em *arrepentimento eficaz*. Responderá, por certo, pelos atos já praticados que, em si mesmos, constituírem crimes (art. 15, *in fine*, do CP). Contudo, regra geral, os *atos administrativos*, próprios do procedimento licitatório, ainda que irregulares, não constituirão o crime do art. 89, podendo, eventualmente, dependendo das circunstâncias, tipificar outra infração penal, quiçá, do próprio CP.

Concluindo, em toda a *fase procedimental*, puramente administrativa, antes da contratação pública, ainda que ocorra alguma irregularidade, algum equívoco, algum *error in procedendo*, não tipificará as condutas descritas no *caput* do art. 89, especialmente se for cancelada essa fase, como já demonstramos. Poderá, no máximo, configurar alguma infração administrativa, punível nesse âmbito, salvo se decorrer a prática deliberada e comprovada de alguma *fraude* por parte do funcionário.

NOTAS

- (1) **GRECO FILHO, Vicente**. *Dos crimes da lei das licitações*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 60.
- (2) **COSTA JR., Paulo José**. *Direito penal das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23.
- (3) **FREITAS, André G. TAVARES DE**. *Crimes na Lei de Licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 86.
- (4) **BITENCOURT, Cezar Roberto**. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 1, p. 351.

Cezar Roberto Bitencourt

Doutor em Direito Penal. Advogado Criminalista.

NOTAS SOBRE A ADMISSIBILIDADE ÉTICA DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Nuno Caiado

O recente impulso legislativo e as tremendas necessidades dos Estados na gestão da sobrelotação das prisões têm gerado uma onda de projectos de adoção do monitoramento eletrônico (ME) no contexto penal, na esperança de serem produzidas vagas e algum alívio na pressão do sistema prisional. Este movimento necessita de estar suportado por uma reflexão mais profunda sobre as suas finalidades e as tecnologias, o que pressupõe um debate alargado.

Em boa hora a OAB-SP promoveu recentemente uma palestra sobre ME. Nele, três aspetos me chamaram a atenção: a urgência de uma alternativa para a tremenda situação do sistema prisional, a ambição em a resolver e as reservas éticas ao ME. Estas prendem-se com o uso de tecnologia intrusiva e o estigma, preocupações pertinentes mas – creio –, felizmente, resolúveis.

Recorrendo à minha experiência de 10 anos como responsável operacional do ME em Portugal, espero poder ajudar na reflexão sobre os dilemas que preocupam académicos, políticos, magistrados, advogados e técnicos. Considero que o ME é eticamente aceitável e viável, não acarretando problemas insolúveis, desde que sejam observados alguns princípios.

1. O ME deve ser melhor compreendido: ele não é uma pena ou finalidade em si mesmo, mas uma tecnologia e instrumento de uma estratégia que pode ser de mero controlo ou, o que seria mais interessante, ao serviço da reabilitação do delincente pressupondo a existência de um seguimento do caso. Por outro lado, não deve ser confundido com grilhetas ou algemas porque o dispositivo eletrônico não produz incapacitação mecânica ou física do corpo do vigiado, não impede a sua mobilidade.
2. O ME deve estar estrategicamente orientado para a reinserção social do delincente e o bem comum, e ser adequadamente concebido, planeado, implementado, monitorizado e avaliado.
3. O ME deve estar claramente previsto na lei, em legislação substantiva e regulamentar: a lei deve prever o modo e oportunidade de utilização pelos

tribunais e a regulamentação da sua execução pelos serviços.

4. O ME deve ter legitimação judicial: implicando a compressão de direitos, é mais prudente que sejam os tribunais a decidir da liberdade ou do seu condicionamento, ampliando a legitimidade das decisões.
5. O ME deve respeitar os direitos humanos: o condicionamento ou modificação da liberdade da pessoal vigiada não implica perda de dignidade. Tratamento desumano, estigmatização, exposição pública ou humilhação são matérias que não podem ser associadas a qualquer pena e, conseqüentemente, também às penas ou medidas com ME.
6. O ME deve ser usado de modo proporcional: a intensidade do controlo deve ser adequada à necessidade e esta deve determinar a tecnologia mais adequada (consoante a finalidade, existem tecnologias diferentes); a proporcionalidade deve estender-se à fase de execução, devendo a intervenção corrente ou para repor a normalidade em caso de incumprimento respeitar as necessidades e não as ultrapassar.
7. O ME deve requerer o consentimento do vigiado, o que não significa um reforço do delincente mas antes um pacto de responsabilização; o consentimento plasma um compromisso na cooperação para a boa execução da pena ou medida. No âmbito das penas, a responsabilização é uma chave de sucesso.
8. O ME deve incluir um investimento na relação com o vigiado: a frieza do seu controlo e o risco de coisificação precisam ser compensados por uma relação significativa que permita um *empowerment* na responsabilidade e mudança de comportamento. Isto pressupõe a existência de pessoal qualificado e treinado para a prevenção da reincidência.
9. O ME deve ter evitar a estigmatização do vigiado; mas situações em que a visibilidade de um dispositivo eletrônico é irresolúvel obrigam a um outro ângulo de abordagem. O ME deve ser equacionado em termos relativos, como alternativa ao encarceramento, cuja estigmatização é –

julga-se ser afirmação pacífica – muito superior. Por outro lado, a tomada de conhecimento da comunidade da existência de pessoas sujeitas à justiça penal que circulam, de modo vigiado e limitado, será um modo de a própria comunidade participar ou integrar a realização da justiça, repudiando a prisão prolongada e generalizada.

Ainda assim, poderão subsistir reservas de natureza ética sobre o ME. Antecipo duas delas, porventura as mais comuns, e procuro responder-lhes.

A primeira é de cariz ideológico: *o ME é mais uma intromissão do Estado, mais um instrumento de controlo sobre a vida dos cidadãos*. Esta linha de pensamento, popular nos comentários a notícias na net, parece decorrer mais da história do que da realidade actual: a América Latina sofreu horríveis ditaduras militares na segunda metade do séc. XX em que a função repressiva dos poderes públicos se sobrepunha à promoção do bem comum; mas hoje, o Estado democrático, embora não isento de críticas, é uma realidade política, sociológica e jurídica bem distinta. Por outro lado, os cidadãos, sem nunca o deixar de o ser (e por isso devem manter a dignidade), são monitorizados numa outra condição que é a objecto da justiça penal.

A segunda é sobre o medo da tecnologia: *o ME é o big brother*. Este argumento subsiste na ignorância das funcionalidades das tecnologias que, nas versões mais intrusivas, não vão além do conhecer a posição de um vigiado no espaço público ou a sua permanência na habitação. Porque não pode a justiça adoptar mecanismos da sociedade telemática em que todos vivemos e dos quais generalizadamente dependemos?

A ausência de alternativas como o ME e as penas de execução na comunidade geridas profissionalmente e perseguindo o ideal da reinserção social, conduziu o sistema prisional a uma permanente crise funcional, económica e eticamente insustentável.

Nuno Caiado

Especialista em monitoração eletrônica e probation.
Diretor dos serviços de vigilância eletrônica, serviço de probation do Ministério da Justiça de Portugal.
(O autor escreve a título particular)

PARTICIPE
POR ACREDITAR

ACOMPANHE O IBCCRIM

 www.twitter.com/ibccrim

 www.facebook.com/pages/IBCCRIM/206921985987194

O SILÊNCIO QUE ENSURDECE

Marcos Zilli

*Deslizava-se no silêncio
como se fosse neve negra o pavimento,
os famintos olhos esperavam
sinal e não se ouvia
senão um surdo rumor numeroso*
(Pablo Neruda)

A punição dos crimes cometidos durante o regime militar é polêmica que ainda não foi superada. De fato, a afirmação da constitucionalidade da Lei de Anistia pelo STF olvidou-se da problemática emergente dos crimes cuja execução se prolongara para muito além dos efeitos desenhados pelo legislador de 1979. O aspecto, como se sabe, não passou despercebido da Corte Interamericana de Direitos Humanos CIDH que, fiel à sua própria jurisprudência, afirmou, no *Caso Lund*, a absoluta incompatibilidade entre quaisquer formas consagradas da impunidade e as graves violações de direitos humanos. Por consequência, e como já se esperava, impôs, ao Estado brasileiro, o dever de investigar todos os crimes relacionados com aquelas violações e praticados durante o período de exceção.

A temática toca especialmente, embora não exclusivamente, o que se convencionou denominar de desaparecimento forçado de pessoas. Não se trata de fenômeno novo, embora o seu tratamento jurídico seja relativamente recente. De fato, como anotam **Ambos e Böhm**, o desaparecimento de pessoas, como estratégia de opressão política, foi largamente empregado pela União Soviética no período stalinista, pela Alemanha durante o III Reich e também por várias ditaduras militares na América do Sul em tempos mais recentes.⁽¹⁾ Há, portanto, uma estreita relação entre tal criminalidade e o exercício arbitrário do poder central, prestando-se o desaparecimento como eficiente mecanismo de perseguição e de aniquilamento de focos ou de grupos de resistência política. É, portanto, instrumento que dissemina a cultura do medo e do terror do Estado em prol de uma pretensa “depuração social”.

A gravidade do desaparecimento forçado é inquestionável, reinando o consenso internacional quanto ao seu repúdio. Com efeito, já em 1992, a Assembleia das Nações Unidas aprovou uma declaração para a proteção das pessoas contra o desaparecimento forçado.⁽²⁾ Em 1994, em uma clara reação aos fatos ocorridos na América Latina, foi aprovada a Convenção Interamericana sobre o tema. Já o Estatuto de Roma expressamente tipifica tal conduta dentre aquelas caracterizadoras de crime contra a humanidade.⁽³⁾ Mas, a questão não está restrita ao plano normativo, sendo a jurisprudência igualmente vasta.

Realmente, para além do contínuo repúdio expressado em diversos julgados pela CIDH desde o célebre *Caso Velásquez Rodriguez* em 1988, o Tribunal para a ex-Iugoslávia, no *Caso Kupreskic*, também reconheceu a dimensão inumana do desaparecimento forçado.⁽⁴⁾ Há, igualmente, a emblemática jurisprudência da Argentina sobre o tema.

Pelo prisma jurídico-penal, a conduta não pode ser confundida com o simples sequestro, embora com ele guarde estreita semelhança. Como já salientado pela CIDH,⁽⁵⁾ o desaparecimento forçado de pessoas supõe uma violação múltipla e permanente de vários direitos fundamentais. Ou seja, para além do ataque frontal à liberdade individual – aspecto mais visível – a conduta gera um perigo à integridade física e à vida, inviabilizando, ainda, o exercício dos direitos à defesa e da informação. O ataque à liberdade individual é concretizado com a supressão violenta da pessoa do convívio social e com a perpetuação de tal estado. Por si só gera ela um perigo concreto à integridade física e à vida. Já o silêncio quanto ao paradeiro e a negativa em fornecer qualquer informação, além de acentuarem a situação de perigo, inviabilizam o exercício de qualquer medida judicial de amparo, colocando a vítima e os seus familiares em situação de completa vulnerabilidade.⁽⁶⁾

Resta evidente, portanto, o caráter permanente de tal crime. Afinal, a restrição da liberdade não é ato que se esgota em um único instante. E no desaparecimento forçado de pessoas, a permanência é reforçada em face da inércia do Estado que se silencia quanto ao ocorrido. A ausência de informação, a recusa em fornecê-la ou mesmo a negativa em reconhecer os fatos e a responsabilidade de seus agentes prolongam a conduta, eternizando a agonia. Por via de consequência, o rompimento do silêncio com o esclarecimento dos fatos constitui o marco de encerramento do comportamento delituoso.

Nessa perspectiva, e tomando como enfoque o caso brasileiro, não é possível fechar os olhos para fatos cuja execução se tenha prolongado para muito além da Lei de Anistia. Com efeito, a continuidade da execução leva a conduta e a responsabilidade

de dos respectivos autores de volta para o padrão punitivo, afastando-os da dimensão excepcional do perdão e do esquecimento. Afinal, toda e qualquer anistia – válida ou não – supõe uma pretensa reconciliação com o passado e não uma renúncia sobre o futuro.

Ademais, não há que se falar em início de prazo prescricional sobre condutas permanentes que ainda estão em execução. A questão, por demais óbvia, não passou despercebida pelo STF quando do julgamento do pedido de extradição 974, formulado pela República da Argentina. Naquela oportunidade, a maioria reconheceu o caráter permanente do desaparecimento forçado de pessoas – qualificado juridicamente como sequestro – e que havia sido cometido naquele país durante o regime militar. Os Ministros afastaram, igualmente, o reconhecimento da morte presumida diante da exigência de prévia declaração judicial que afirmasse aquela condição.

Poder-se-ia argumentar, no caso brasileiro, que a afirmação da responsabilidade do Estado pela morte de opositores políticos e o reconhecimento de 135 desaparecidos, quando da publicação da Lei 9.140/95, representou o marco interruptivo da consumação daquelas condutas. No entanto, o raciocínio não se prestaria para outros tantos casos que permaneceram em aberto e que somente vieram formalmente à tona por força do trabalho desenvolvido pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP).

Por outro lado, a ausência de tipificação da figura do desaparecimento forçado de pessoas no direito nacional não constitui óbice legal para a responsabilização penal dos autores. Nesse ponto, cabe lançar o olhar à experiência argentina. Com efeito, a Corte Suprema daquele país, em diferentes oportunidades, indicou a possibilidade de adequação dos fatos às figuras penais típicas já previstas pelo ordenamento interno – tais como o sequestro –, subordinando-as ao regime punitivo aplicável aos crimes internacionais, vale dizer: a imprescritibilidade, a proibição da anistia e a relativização da coisa julgada.⁽⁷⁾

Aquelas decisões, é importante esclarecer, tomaram por base o alinhamento do

E no desaparecimento forçado de pessoas, a permanência é reforçada em face da inércia do Estado que se silencia quanto ao ocorrido. A ausência de informação, a recusa em fornecê-la ou mesmo a negativa em reconhecer os fatos e a responsabilidade de seus agentes prolongam a conduta, eternizando a agonia.

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 Vilarés

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 são responsabilidade apenas dos 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	

Estado argentino aos princípios vetores dos direitos humanos, reconhecendo, ademais, a prevalência de costumes internacionais nesta seara. Ou seja, os documentos internacionais declaram – e não criam – práticas que já são reconhecidas pela comunidade internacional, de modo que a obrigatoriedade seria anterior à formal declaração. Ora, ao menos desde 1950 já são reconhecidos como válidos os princípios de Nuremberg,⁽⁸⁾ resultando daí a afirmação da responsabilidade penal individual por crimes internacionais; a responsabilidade penal de Chefes de Estado e de Governo por tais práticas bem como de seus subordinados; a impossibilidade de reconhecimento da excludente da obediência hierárquica; e a impossibilidade de impunidade por ausência de tipificação específica no direito interno de crimes internacionais. Já no tocante à imprescritibilidade, desde 1968 vige a convenção internacional a respeito do tema a qual veda a prescrição dos crimes de guerra e contra a humanidade. No mínimo, ela indica a existência de um consenso sobre o tema.

A questão, de qualquer forma, não está imune à polêmica. Para **Malarino**, o raciocínio que vem sendo amplamente desenvolvido pela Corte Suprema da Argentina conduz a um procedimento de dupla subsunção típica. Com efeito, de um lado, a tipificação e a sanção ficariam a cargo do direito interno e, de outro, prevaleceria o regime jurídico dos crimes internacionais com todas as consequências jurídicas daí decorrentes.⁽⁹⁾ O autor prossegue externando, com muita propriedade, toda a sua preocupação com o resguardo do princípio da legalidade penal.

De qualquer forma, é imperioso o pronunciamento do Judiciário frente a tão relevantes questões. A problemática, como se sabe, não foi sepultada com o julgamento da ADPF 153, até mesmo por força da posterior conde-

nação proferida pela CIDH. De mais a mais, a questão do desaparecimento forçado de pessoas não foi abordada pelo STF, havendo recentes acenos nos julgamentos de extradições de que tais condutas comportariam um enfrentamento pela via da persecução penal. Enfim, independentemente do posicionamento que se adote, há perguntas que ainda aguardam, ansiosamente, por respostas. Sob certos aspectos, a noite ainda prossegue e, com ela, um silêncio que, de tão retumbante, é ensurdecador. Os olhos podem estar vendados, mas a voz ainda é eloquente. É mais do que chegada a hora da Justiça falar.

NOTAS

- (1) La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa. In: **AMBOS, Kai**. *Desaparición forzada de personas*. Bogotá: Temis, 2009, p. 196-255.
- (2) Ver **AMBOS** e **BÖHM**, op. cit., p. 219.
- (3) Art. 7.1(i).
- (4) IT-95-16-T de 14 de janeiro de 2000. **CASSESE, Antonio**. *The Oxford companion to international criminal justice*. New York, Oxford, 2009, p. 309.
- (5) Casos Blake vs. Guatemala e Heliodoro Portugal vs. Panamá, entre outros.
- (6) **GONZÁLEZ, Juan Luis Modolell**. La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos. In: **AMBOS, Kai**. *Desaparición forzada de personas*. Bogotá: Temis, 2009, p. 185-186.
- (7) Casos Clavel, Simón e Mazzeo. Ver: **ZILLI, Marcos**. O último tango? In: **SOARES, Inês Virginia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada** (coords.) *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 93-117.
- (8) Adotados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.
- (9) In: **AMBOS, Kai**. *Desaparición forzada de personas*. Bogotá: Temis, 2009, p. 5-37.

Marcos Zilli

Juiz de Direito.

Professor Doutor de Direito Processual

Penal da Faculdade de Direito da USP.

Membro do Forum for International

Criminal and Humanitarian Law.

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, CEP 01313-020, 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.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO (CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO DA ADPF 187)

Luciano Feldens e Heloísa Estellita

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO (CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGAMENTO...)

Um julgamento histórico. Assim se poderia sintetizar a decisão emanada do Plenário do Supremo Tribunal Federal ao apreciar, na tarde-noite de 15.06.2011, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187 (“Marcha da Maconha”). Julgada integralmente procedente, a ação pleiteava a atribuição, ao art. 287 do Código Penal (delito de apologia ao crime), de interpretação conforme à Constituição, a fim de que fosse excluída do âmbito de abrangência do tipo penal “qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”. O IBCCRIM, pela primeira vez em sua história, interveio processualmente como *amicus curiae*,⁽¹⁾ associando-se às linhas essenciais da inicial formulada pela Procuradoria-Geral da República.

É tarefa desconfortável buscar resumir esse autêntico *landmark* no qual se constituiu o acórdão do STF. Entretanto, até mesmo como estímulo a sua atenta leitura, limitamo-nos a pontuar alguns aspectos que compuseram a manifestação do IBCCRIM e acabaram, em certa medida, recebendo incorporação na referida decisão.

Objeto da ação. O objeto da ADPF não se confunde com o objeto das reuniões ou manifestações que, sob ameaça de repressão do Poder Público, justificaram a medida. As políticas públicas envolvidas no debate em torno da *cannabis sativa* como substância de uso proscrito no Brasil (políticas criminal e de saúde) estiveram à margem da discussão. A controvérsia submetida ao STF situava-se em domínios normativos superiores: estavam em xeque nada menos que os *direitos fundamentais de reunião e manifestação*, enquanto projeções da *liberdade de expressão*, em cujo núcleo essencial incluem-se as facultades de “*protesto e reivindicação*” (Celso de Mello). O exercício destas liberdades vinha sendo reprimido por decisões judiciais setorializadas que vislumbravam, em manifestações públicas, pacíficas e sem armas, arregimentadas para questionar a política criminal de drogas no Brasil, a prática de apologia ao crime. Interpretações dessa natureza, sobre esvaziarem o conteúdo essencial das liberdades em causa, culminavam por aniquilar a própria garantia do dissenso, elemento conceitual de uma sociedade livre, aberta e pluralista.

Âmbito de proteção das liberdades de reunião e manifestação. As liberdades de reunião e manifestação asseguram, essencialmente: (i) o direito de reunir-se com outrem ou com outros; (ii) a liberdade de convocar reuniões e manifestações, aí incluídas as medidas preparatórias (anúncio, convites); e, o que é muito importante, (iii) o direito à *autodeterminação do*

conteúdo da reunião ou manifestação, a significar que as manifestações que estavam sofrendo censura estatal poderiam ter por conteúdo matérias reivindicatórias as mais diversas (v.g., a descriminalização do aborto, da eutanásia ou de qualquer outra conduta incriminada sobre a qual a sociedade esteja dividida); ainda assim, o objeto de discussão persistiria o mesmo.

Caráter geneticamente contramajoritário das liberdades constitucionais. A reivindicação por mudança, mediante manifestação que veicule uma ideia contrária à política de governo, não elide sua juridicidade. Ao contrário, a contraposição ao discurso majoritário situa-se, historicamente, no germe da liberdade da expressão enquanto comportamento juridicamente garantido. Os direitos fundamentais em causa, vocacionados à formação de uma opinião pública livre, socorrem fundamentalmente as minorias políticas, permitindo-lhes a legítima aspiração de tornarem-se, amanhã, maioria; esta é a lógica de um sistema democrático no qual o poder se submete à razão, e não a razão ao poder (Arienza). Decerto, inexistiria qualquer razão para que os direitos de liberdade de expressão, de reunião e de manifestação fossem alçados a tal condição caso seu âmbito normativo garantisse, exclusivamente, a exteriorização de concepções compartilhadas pela ampla maioria da sociedade ou pela política em vigor. Se para isso servissem, comporiam uma inimaginável categoria de *direitos desnecessários*; não seriam, pois, verdadeiros direitos.

Tolerância, em vez de repressão. A proibição do dissenso equivale a impor um “*mandado de conformidade*”, condicionando a sociedade à informação oficial – uma espécie de “*marketplace of ideas*” (O. W. Holmes) institucionalmente limitado. Ou, o que é ainda mais profundo: a imposição de um comportamento obsequioso produz, na sociedade, um pernicioso efeito dissuasório (*chilling effect*), culminando, progressivamente, com a aniquilação do próprio ato individual de reflexão. Nessa linha, caberia recordar que o histórico e honorável rol de dissidentes inclui, entre outros tantos, Galileo, Martin Luther King Jr. e Nelson Mandela (Cass Sunstein). Se qualquer desses dissidentes estava, ou não, com a razão, essa não é uma razão de Estado. A experiência histórica revela que o discurso antagônico não requer repressão, mas tolerância; se não por outras razões, justificar-se-ia tal padrão de conduta pela sempre possível hipótese de que a “verdade” não esteja do lado da maioria.⁽²⁾

Limites. A ressalva constitucional é clara: a reunião e a manifestação devem ter caráter pacífico. Sob tal fundamento, poderiam ter-se por ilegítimas manifestações que se revelem, *em si*, criminosas, sejam porque violentas,

sejam porque estimulem a violência, incitando ao ódio, à discriminação e à hostilidade, hipóteses não cogitadas no caso sob análise. Quanto ao mais, a restrição ou suspensão dos direitos de reunião e manifestação são constitucionalmente admissíveis apenas sob a vigência de Estado de Defesa ou Estado de Sítio, medidas justificadas por situação de grave anormalidade político-institucional, em que determinados direitos fundamentais – submetidos a um *coma induzido* – têm sua eficácia amortecida no preciso objetivo de evitar a ruptura total da ordem democrática.

Proteção judicial. A proteção judicial alcançada pelo Supremo Tribunal Federal não contempla – e nem poderia fazê-lo – a criação de um espaço público circunstancialmente imune à ação fiscalizatória ordinária do Estado; menos ainda se estabeleceu que, no exercício das liberdades ora reivindicadas, manifestantes possam incorrer em ilicitude de qualquer espécie. Essa circunstância não esmaece, de qualquer modo, o claríssimo recado que o STF transmitiu aos detentores do poder, de hoje e de amanhã.

Na expressão do Ministro Celso de Mello: “*Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos ou ditatoriais que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder*”.

NOTAS

- (1) Manifestação nos autos subscrita pela Presidente do IBCCRIM, Marta Cristina Cury Saad Gimenes, e pelos membros da Comissão de *Amicus Curiae*, Heloísa Estellita, Davi de Paiva Costa Tangerino, Diogo Rudge Malan, Pierpaolo Botini, Salo de Carvalho, Thiago Bottino do Amaral e Luciano Feldens.
- (2) “*Condición esencial de la verdad es la diversidad de opiniones. Nadie está en posesión de toda la verdad —y, por tanto, nadie puede pretender la infalibilidad—, y, en cambio, todos pueden aspirar a poseer una parte de ella. Esto vale tanto de los individuos como de las doctrinas y sistemas enteros. Por tanto, todo lo que sea coacción sobre una opinión cualquiera, por insignificante, o por extravagante que parezca, es, potencialmente, un atentado a la verdad*” (HUÉSCAR, Antonio Rodríguez. Prefácio. In: MILL, Stuart. *Sobre la Libertad*).

Luciano Feldens

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS. Advogado.

Helóisa Estellita

Professora da FGV - Law. Advogada.

AS BOAS NOVIDADES DA LEI 12.403 DE 2011

Rodolfo de Almeida Valente

Introdução

Sancionada pela Presidenta da República no dia 4 de maio de 2011, a Lei 12.403/11 reúne bons elementos para se tornar uma divisora de águas entre um anacrônico processo penal punitivista e um renovado processo penal, mais democrático e garantista. Inserta no conjunto de reformas pontuais que, desde o ano de 2008, vêm consubstanciando a conformação constitucional do processo penal, referida lei trata de superar a dicotomia prisão/liberdade, possibilitando ao juízo criminal a utilização de várias outras medidas cautelares. Relega-se a prisão para o lugar que sempre deveria ter ocupado: como *ultima ratio* do sistema penal.

É extremamente salutar à democracia brasileira a restrição à utilização da prisão provisória. Antes do advento da novel lei, ao Judiciário restava sempre a estreita alternativa entre prender e soltar, o que levou a uma lamentável primazia das prisões provisórias.

Dados do Ministério da Justiça de 2010 dão conta de 215.229 pessoas presas provisoriamente, número que corresponde a 44% de toda a população carcerária! Em alguns Estados, a situação é ainda mais preocupante: no Piauí, por exemplo, 74% da população carcerária é constituída por pessoas ainda sem condenação. Em Minas Gerais, esse número corresponde a 65%.⁽¹⁾

Grande parte dessas prisões afronta a presunção de inocência; outras tantas são manifestamente ilegais. Prova disso é o resultado dos mutirões carcerários, empolgados pelo Conselho Nacional de Justiça, em que já foram libertadas milhares de pessoas indevidamente presas (segundo relatório divulgado em novembro de 2010, foram revisados 193.633 processos, com benefícios concedidos a 48.029 pessoas presas, das quais 27.573 foram libertas). No mesmo relatório, aponta-se: “à guisa de ilustração, o mutirão já identificou processos com quatorze anos sem julgamento em primeiro grau de jurisdição e outros com três anos sem denúncia do Ministério Público”.⁽²⁾

Além de se tratar de evidente violação de direitos, pois poucas medidas são mais agressivas do que tolher a liberdade de alguém antes mesmo de um julgamento (definitivo ou não), o abuso nas prisões provisórias provoca uma série de problemas graves. O primeiro, e mais relevante, é a sua contribuição decisiva para a superlotação do sistema. O Brasil tem a terceira taxa de ocupação prisional da América Latina (165%), abaixo apenas de Bolívia (185,1%) e Peru (171,4%).⁽³⁾ De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, “há um déficit de 197.872 vagas, sendo necessários 396 estabelecimentos penais, com capacidade de 500 presos cada um, para acomodar todos os presos do sistema”.⁽⁴⁾

A propósito, conforme projeção do Professor Luiz Flávio Gomes, se a taxa de crescimento atual da população carcerária brasileira for mantida, em pouco mais de vinte anos, o Brasil superará os Estados Unidos, alcançando a absurda marca de dois milhões e meio de pessoas presas!⁽⁵⁾

A superpopulação carcerária transmuta-se em terreno fecundo para a existência de uma realidade teratológica em que são rotineiras as práticas de tortura, as condições degradantes, a insalubridade, as doenças, a ruptura de laços afetivos e familiares, entre tantas outras mazelas. Um quadro trágico como o delineado destoa do fundamento da dignidade humana, consagrado na Constituição da República em seu art. 1º, inciso III, além de vilipendiar diversos dispositivos constantes das Regras Mínimas para o Tratamento da Pessoa Privada da Liberdade e da Lei de Execução Penal (LEP).

As novas espécies de medidas cautelares alternativas à prisão provisória

Nesse contexto, é auspiciosa a Lei 12.403 quando introduz no ordenamento jurídico brasileiro medidas cautelares diversas da prisão preventiva e que, conforme art. 282, § 6º, devem sempre precedê-la. Entre elas, destaca-se (art. 319): o comparecimento periódico em juízo (inciso I); a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (inciso II); a proibição de manter contato com pessoa determinada (inciso III); a proibição de ausentar-se da Comarca (inciso IV); o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (inciso V); a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira (inciso VI); e o monitoramento eletrônico (inciso IX).

Também digna de destaque (e de aplausos), a medida cautelar de prisão domiciliar (art. 318) será aplicável aos casos de pessoa: com mais de 80 anos (inciso I); extremamente debilitada por motivo de doença grave (inciso II); imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência (inciso III); e gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco (inciso IV). Trata-se de medida essencialmente humanitária e que deve substituir a prisão preventiva sempre que uma de suas hipóteses legais for observada.

Limitações à prisão preventiva e requalificação da prisão em flagrante

Cumpra ainda assinalar mais dois pontos fundamentais contidos na Lei 12.403/11. Um deles é a restrição à prisão preventiva: de acordo com o novo art. 313 do Código de Processo Penal, não caberá prisão preventiva contra pessoas acusadas por crime cuja pena máxima seja de até 4 anos, exceto no caso de pessoas já condenadas, definitivamente, por outro crime doloso ou se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência (casos em que a prisão pode ser aplicada para garantir a execução das medidas protetivas de urgência).

O outro ponto fundamental corresponde à devida requalificação da prisão em flagrante, que, finalmente, em consonância com a lição do Professor Aury Lopes Júnior,⁽⁶⁾ é tratada como medida pré-cautelar, carente, portanto,

não apenas de homologação judicial (ou relaxamento, se ilegal for o flagrante), mas também de imediata substituição pela liberdade provisória ou por medida cautelar, se necessária (art. 310).

Conclusão

Tais inovações devem contribuir diretamente para a minoração do número de pessoas presas provisoriamente. Com um rol mais amplo de medidas cautelares de um lado e a restrição da prisão preventiva de outro, o Judiciário poderá impedir que pessoas sejam presas desnecessariamente, o que reduzirá, por via de consequência, a estigmatização e a destruição de relações familiares e profissionais provocadas pela prisão.

Para tanto, necessário que a mentalidade do Poder Judiciário esteja em consonância com um sistema cautelar efetivamente excepcional, sob pena de as novas medidas cautelares serem ineficazes ao fim de minorar a população carcerária e, pior, acabarem por compor uma indesejada expansão do controle penal.

Ademais, é de se notar que a possibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva não apenas denota a humanização do sistema penal, mas também importa em uma diminuição dos gastos públicos. Isso porque, no lugar de aplicar a custosa prisão cautelar, cujos investimentos mensais são estimados em aproximadamente dois mil reais por pessoa presa, ao Judiciário será facultado lançar mão de outras medidas de cautela muito menos dispendiosas, algumas até sem qualquer custo ao erário.

Lamenta-se, todavia, a subsistência da prisão especial, cuja extinção tanto reforçava o espírito republicano e democrático do projeto de lei original, mas que, desafortunadamente, não foi aprovada pela Câmara dos Deputados.

De todo modo, Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz e Pastoral Carcerária – parceiros no Projeto Justiça Criminal, por meio do qual, com representação conjunta em Brasília, têm monitorado o Poder Legislativo – celebram as boas novidades promovidas pela Lei 12.403/11 e registram a satisfação em contar com a sensibilidade de todas e de todos parlamentares que possibilitaram fosse ela pautada e aprovada.

NOTAS

- (1) InfoPen – Estatística (www.mj.gov.br).
- (2) Relatório do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e das Medidas Socioeducativas – DMF (novembro de 2010).
- (3) LONDON. King’s College, International Centre for Prison Studies. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/>.
- (4) Relatório do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e das Medidas Socioeducativas – DMF (novembro de 2010).
- (5) <http://www.ipclfg.com.br/campanha-sobre-a-violencia-penitenciaria/populacao-prisional-brasil-vai-passar-os-eua-em-2034/>.
- (6) LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. II, p. 64.

Rodolfo de Almeida Valente

Coordenador Jurídico da Pastoral Carcerária de São Paulo.

A LEI N. 12.403/11 E A SUPERAÇÃO DA TESE DA NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Galvão Rabelo

Em 05 de maio do corrente ano, foi publicada a Lei n. 12.403, que altera o Código de Processo Penal no tocante às prisões processuais e às demais medidas cautelares. O diploma legal encontra-se em vigor desde 05 de julho de 2011.

Referida lei é resultado de anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Ministério da Justiça no final de 1999 e composta por membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual, sob a presidência da Professora **Ada Pellegrini Grinover**.

Conquanto se concorde que é de todo desejável para o direito processual penal brasileiro a reforma integral de seu Código, é forçoso reconhecer que, diante da profunda disparidade do atual diploma processual penal com os ideais democráticos e constitucionais, mesmo as alterações pontuais em seu texto são bem-vindas – ao menos enquanto se aguarda a aprovação do Projeto de Código de Processo Penal em tramitação pela Câmara dos Deputados.

No ponto, interessa ressaltar importante alteração operada na regulamentação da prisão em flagrante. A partir da vigência da Lei n. 12.403/11, o art. 310 do Código de Processo Penal passará a ter a seguinte redação:

“Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

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”.

O dispositivo possui o inegável mérito de sepultar a interpretação que possibilita a manutenção da prisão em flagrante por tempo indeterminado. Como se infere, tão logo receba o auto de prisão em flagrante, o juiz, caso verifique a necessidade de manutenção cautelar da prisão do conduzido, deverá “converter a prisão em flagrante em preventiva”, nos moldes do que determina o art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal.

Antes da reforma, considerável setor da doutrina admitia que o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderia mantê-la, desde que presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal – que, como se sabe, regulamentava a prisão preventiva. E, com base nesse entendimento, defendiam a natureza cautelar da prisão em flagrante: o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, faria a análise do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, tomando por base o dispositivo supramencionado.

A esse entendimento, contudo, opunham-se, pelo menos, dois relevantes argumentos: um de índole prática e outro de índole lógica.

O primeiro argumento ligava-se ao fato de que, na prática, parcela considerável dos magistrados não fazia a análise dos pressupostos cautelares para a manutenção da prisão em flagrante. Na verdade, essa análise, em muitos casos, só era realizada quando havia provocação do acautelado, mediante pedido de liberdade provisória ou mesmo de relaxamento da prisão. A manutenção da prisão era uma situação que decorria automaticamente do fato da pessoa ter sido capturada em situação de flagrante delito, e a análise da necessidade da restrição da liberdade somente seria realizada em face de provocação direta do interessado. Certamente, esse estado de coisas explica a existência de grande contingente de pessoas de baixa renda presas em flagrante e simplesmente “esquecidas” no estabelecimento prisional.

O segundo argumento possuía um fundamento teórico simples: se, para a análise da necessidade da manutenção da prisão em flagrante, o juiz deveria utilizar como referência normativa os dispositivos que regulamentam a prisão preventiva, por que não decretar, nessa ocasião, a prisão preventiva, ao invés de determinar a manutenção do flagrante (cuja manutenção era desprovida de normatividade própria)?

Essa última ideia terminou por prevalecer no direito positivo e, com a entrada em vigor da reforma sob análise, o juiz que, de posse do auto de prisão em flagrante, verificar a presença dos fundamentos cautelares previstos no art. 312 do Código de Processo Penal deve converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, conforme determina o art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal – e não determinar a manutenção da prisão em flagrante (o que, na prática, poucos magistrados faziam de ofício).

Conclui-se, portanto, com a alteração do direito positivo, que a prisão em flagrante não possui natureza cautelar, conforme defendíamos antes da reforma.⁽¹⁾

A prestação da tutela cautelar prisional somente se justifica ante a presença de seus específicos pressupostos: *fumus commissi delicti* (indícios suficientes de materialidade e de autoria delitivas) e *periculum libertatis* (análise da necessidade da prisão).

Ao analisar medida restritiva de direitos

fundamentais da pessoa, mormente quando assumem a intensidade restritiva que caracteriza qualquer espécie prisional, não se pode prescindir da análise do princípio constitu-

cional da proporcionalidade, no âmbito do qual se deve analisar a efetiva necessidade da medida restritiva. E é nítido que tal análise não ocorre quando a autoridade policial determina a prisão em flagrante do conduzido, nos moldes impostos pela lei processual penal.

Nessa modalidade de prisão, o que efetivamente interessa é o momento em que é capturado o agente ou a situação em que ele se achava quando de sua captura. Perceba-se: se alguém é capturado no instante em que pratica a infração, ou em uma das situações previstas

... a prisão em flagrante somente se justifica enquanto brevíssima restrição da liberdade do conduzido, destinada a garantir a eficácia processual de verdadeira prisão cautelar que eventualmente venha a ser decretada pelo magistrado...

no art. 302 do Código de Processo Penal, a autoridade policial, constatando que realmente existiu uma das situações de flagrante previstas no referido dispositivo legal, determinará a prisão em flagrante do conduzido, de acordo com o art. 304, § 1º, do Código de Processo Penal. Em nenhum momento o Código exige que se analise a efetiva necessidade dessa modalidade de prisão no caso concreto.

E seria mesmo inconcebível pensar que a nossa Constituição concedeu poder à autoridade policial para fazer a análise da necessidade de medida restritiva de direitos fundamentais e para a concessão de tutela cautelar – que, por definição, é tutela jurisdicional.

Entre as diversas razões que se poderia aduzir, basta pensar que, no processo civil, para que alguém seja cautelarmente privado de um bem patrimonial, o ordenamento jurídico fixa cláusula de reserva jurisdicional.

Por essas razões, é forçoso concluir – principalmente após a alteração do direito positivo promovida pela Lei n. 12.403/11 – estar superada a tese de que a prisão em flagrante possui natureza cautelar.

Trata-se, contudo, de restrição de direito fundamental, prevista no próprio texto constitucional e, apesar de se tratar de instituto historicamente comprometido com a inadmissível presunção de culpabilidade, é impossível não reconhecê-lo como válido no nosso ordenamento jurídico-constitucional.

E, em busca de novo fundamento teórico que possa explicar a natureza jurídica da prisão em flagrante no ordenamento pátrio, merece reflexão a proposta do Professor **Aury Lopes Jr.**, para quem o instituto possui natureza

pré-cautelar. Segundo o entendimento do eminente processualista gaúcho, a prisão em flagrante somente se justifica enquanto brevíssima restrição da liberdade do conduzido, destinada a garantir a eficácia processual de verdadeira prisão cautelar que eventualmente venha a ser decretada pelo magistrado à luz do auto de prisão em flagrante.⁽²⁾

A ideia é louvável, mas gostaríamos de fazer uma ressalva que julgamos imprescindível: pensamos que mesmo a invocada manutenção pré-cautelar da prisão em flagrante, enquanto medida administrativa restritiva de direito fundamental, determinada pela autoridade policial, precisa merecer especial atenção do legislador, a fim de que se regulamentem, de forma específica e restrita, as suas hipóteses de incidência.

Trata-se de entendimento que se baseia em uma reinterpretação das normas constitucionais que admitem a existência da prisão em flagrante em nosso ordenamento jurídico. Ao que nos parece, os únicos motivos aptos a justificar, *a priori*, a restrição do *jus libertatis* da pessoa que se encontra em situação de flagrante é o interesse social na imediata interrupção do delito ou de seus efeitos – o que ocorre com a simples captura do agente – e o interesse da

administração da justiça penal na imediata documentação da ocorrência, com a lavratura do auto de prisão em flagrante.

À luz da interpretação aqui ensaiada, pensamos que o constituinte, ao autorizar expressamente a prisão em flagrante em seu texto, pretendeu autorizar tão somente a captura do agente e a sua imediata condução à presença da autoridade policial para a documentação da ocorrência. A partir daí, o conduzido deveria ter sua liberdade restituída.

Mas é de se admitir, ainda, que o constituinte tenha autorizado, embora de forma excepcional, a manutenção pré-cautelar da prisão em flagrante naquelas hipóteses expressamente previstas em lei. Desse modo, nos casos legalmente previstos, poderia a autoridade policial, em decisão fundamentada,⁽³⁾ determinar a manutenção da prisão em flagrante, atendendo à sua finalidade pré-cautelar, pelo tempo estabelecido no Código de Processo Penal para que o magistrado aprecie o auto de prisão em flagrante e tome uma das decisões contidas no art. 310 do Código de Processo Penal.

Trata-se de uma proposta de interpretação das normas constitucionais que procura com-

preender o instituto da prisão em flagrante como parte integrante de um sistema de garantias constitucionais. E uma reinterpretação da Constituição no que toca à prisão em flagrante parece ser inevitável, uma vez superada a tese de sua natureza cautelar.

NOTAS

- (1) **RABELO, Galvão.** *Breves reflexões sobre a legitimidade da prisão em flagrante no Estado democrático de direito.* In *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 209, p. 09-10, abr./2010.
- (2) **LOPES JR., Aury.** *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, vol. II, p. 62-66.
- (3) Acerca da importância da motivação das decisões proferidas pela autoridade policial, ver **CHOUKE, Fauzi Hassan.** *Garantias constitucionais na investigação criminal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 155-165.

Galvão Rabelo

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa – UFV. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal pela Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC, Campus de Ubá, Minas Gerais. Advogado.

PRISÃO CAUTELAR: A NECESSIDADE COMO PRESSUPOSTO IMPRESCINDÍVEL

Tiago Cintra Essado

O advento da Lei 12.403/11, que trata, em síntese, de prisão processual, fiança, liberdade provisória e outras medidas cautelares, alterando, pois, o Código de Processo Penal, reforça a atual tendência legislativa: prisão cautelar há que ser necessária. O presente estudo tem como objetivo delinear alguns aspectos gerais das inovações, sobretudo no que diz respeito à prisão processual, com o fim de se tentar sistematizar o tratamento legal.

A ideia reitora da reforma ficou bem definida no art. 282, incs. I e II, que dispõe sobre o requisito da necessidade para aplicação das medidas cautelares, como finalidade de se aplicar a lei penal, e o fim preventivo de se evitar a prática de infrações penais. A necessidade, portanto, revela-se como o primeiro pressuposto para a aplicação de toda e qualquer medida cautelar. O juízo da necessidade deve ser, pois, o ponto principal das fundamentações que decretam ou não qualquer medida cautelar, sempre amparado em fatos concretos.

Superado este juízo, e ainda dentro de critérios de proporcionalidade, deve-se aferir qual a medida mais adequada ao caso, à vista da gravidade do crime, as circunstâncias fáticas e condições pessoais do imputado.

A regra do § 4º do art. 282 estabelece inovação interessante e com o fim de se garantir a autoaplicação do sistema, qual seja,

a possibilidade de aplicar-se outras medidas cautelares e, dentre elas e subsidiariamente, a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único) para os casos de descumprimento da medida inicialmente imposta. Andou bem o legislador. Se a ideia é, primeiramente, exigir do juiz amplo controle sobre o requisito da necessidade da medida cautelar, deixando a prisão como última possibilidade (art. 282, § 6º), por outro lado, também criou mecanismo que viabiliza a adoção de medidas mais graves, e até mesmo a prisão, caso haja o descumprimento da medida imposta, o que é fundamental para o sistema subsistir. Percebe-se, com isto, que a natureza da prisão cautelar, neste caso, é garantir a própria aplicação das cautelares impostas e descumpridas.

Outro aspecto que merece nítida consideração, e que já vem despertando interpretações equivocadas, diz respeito ao art. 310, incs. I a III, do CPP. O dispositivo legal veiculou comando ao juiz para que, fundamentadamente, ao receber o auto de prisão em flagrante, relaxe a prisão ilegal, converta a prisão em flagrante em preventiva ou conceda liberdade provisória, com ou sem fiança. A postura legislativa além de encontrar consonância com a própria reforma, busca corrigir distorção lamentavelmente verificada na prática, reforçando a síntese do que se pretendeu deixar evidente: a prisão cautelar

há de ser necessária. O art. 310 do CPP, com a nova redação, institui o imprescindível controle judicial da necessidade da prisão. Tenta, dessa maneira, pôr fim ao mecânico comportamento, seja do Ministério Público, seja do juiz, que se limita a carimbar, sem análise adequada do caso concreto, o seguinte: *flagrante formalmente em ordem, aguardo a vinda dos autos principais.*

De modo bem sintético, o legislador assim disse: o sujeito está preso, analise, fundamentadamente, se esta prisão deve ou não ser mantida. Em outras palavras, deve ser aplicado o controle judicial da prisão, independentemente de qualquer requerimento das partes, o que não subtrai o dever do Ministério Público de, em tendo vista prévia do auto de prisão em flagrante, também se posicionar sobre a necessidade da prisão. Há que se destacar a louvável iniciativa, ante os inúmeros casos de imputados pobres e distantes, muitas vezes, do núcleo familiar que, em razão de prática de delitos sem violência ou grave ameaça à pessoa e sem qualquer indício de reiteração, permanecem presos durante toda a fase investigativa sob o argumento de que se aguarda eventual pedido de liberdade provisória. A Defensoria Pública ainda não está, infelizmente, presente em todas as comarcas.

Nesse sentido, a previsão de conversão da

prisão em flagrante em preventiva (art. 310, inc. II) deve assim ser interpretada: a prisão, se e somente se necessária, será mantida, mudando-se de flagrante para preventiva. Foi o mecanismo encontrado pelo legislador para vincular o juiz à análise do pressuposto da necessidade da prisão processual.

O art. 313, por sua vez, estabeleceu alguns critérios objetivos para o juízo de necessidade da prisão preventiva. Em primeiro lugar, dispõe, no inciso I, que os pressupostos genéricos do art. 312 (garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal) devem estar vinculados ao critério objetivo, qual seja, prática de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos.

Em segundo lugar, outra possível vinculação aos pressupostos genéricos está na anterior condenação definitiva por prática de crime doloso (art. 313, inc. II). Em terceiro lugar, o legislador reforçou o cabimento da prisão preventiva, como terceira hipótese

de vinculação objetiva com aqueles pressupostos, nos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, inc. III).

Estas três hipóteses objetivas devem, ainda que isoladamente, estar conjugadas com os pressupostos genéricos da prisão preventiva com o fim de, à vista da situação concreta, conformar o juízo de necessidade. Em outras palavras, o critério objetivo de pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos não se constitui em regra absoluta, eis que a própria sistematização adotada permite outras hipóteses de prisão preventiva, não levando em conta a análise da pena abstrata, porém de outros critérios, tais como condenação definitiva por crime doloso, para se dar eficácia ao descumprimento de medidas protetivas de urgência, no âmbito da violência doméstica, bem como de outras cautelares impostas, previstas na nova lei (art. 282, § 4º, e art. 312, parágrafo único).

Nesse sentido, deve ser ressaltada a feliz preocupação do legislador em garantir ao sistema a adoção de mecanismo de eficácia das medidas protetivas e cautelares como regra geral para salvaguarda da ordem pública e proteção de vítimas. Vale dizer, prepondera no sistema o caráter subsidiário e excepcional da prisão cautelar, valendo-se, pois, de medidas menos agressivas. Contudo, caso estas sejam descumpridas, a prisão preventiva pode surgir como necessária para garantia do próprio sistema.

Por fim, em todas as situações, permanece como condição fundamental e imprescindível para a aplicação da prisão preventiva o pressuposto da necessidade, a ser externado mediante razoável fundamentação fática, demonstrando que, para o caso concreto em jogo, a última opção legislativa tornou-se a única.

Tiago Cintra Essado

Doutorando em Direito Processual Penal pela USP.
Membro do ASF – Instituto de Estudos Avançados em
Direito Processual Penal. Promotor de Justiça/SP.

A COMERCIALIZAÇÃO DA PUNIÇÃO⁽¹⁾

Danilo Cymrot

*“O criminoso produz crime
O crime produz polícia
Produz médico legista
O crime produz jurista
O crime produz...”*

*O crime vive com a gente
O crime paga jurados
O crime produz inocentes
O crime produz culpados
O crime alimenta carrascos
Produz algemas, produz medalhas
Destroi a noção do sentido*

*Mas também produz Bonnie and Clyde
Produz romance, produz suspense
Produz avanços, non sense!*

*O crime não anda pra trás
O crime produz marajás
O crime inventa a moral
O crime inventa impressão digital*

*O crime nunca tem pena
O crime não é anormal
O crime produz crime
Em escala industrial”*
(Crime, de **Paulinho Moska**
e **Luiz Guilherme**)

Os versos dessa canção da banda **Inimigos do Rei** parecem atualizar a ironia de **Karl Marx**. Já no século XIX, o filósofo defendia que o crime tem um acentuado caráter produ-

tivo no capitalismo. Gera empregos diretos e indiretos, produz o professor de Direito Penal e seu manual, a polícia e toda a justiça penal, os juízes, carrascos, jurados, os livros e filmes de suspense, invenções usadas na tortura ou nas investigações, fechaduras etc. O crime, pelos meios sempre renovados de ataque à propriedade, dá origem a métodos sempre renovados de defendê-la, e sua influência no desenvolvimento de máquinas é tão produtiva quanto as greves.⁽²⁾

O crime, assim como a guerra, causa prejuízos econômicos enormes a uma parcela da população. Por outro lado, gera lucros a outra. A indústria do controle do crime, termo consagrado por **Nils Christie**, não ficou indiferente ao medo da criminalidade e às taxas altíssimas de encarceramento observadas em diversos países ocidentais a partir dos anos 90 do século passado. Essa indústria apresenta algumas vantagens que a torna um setor extremamente seguro para investimentos. Fornece lucro, trabalho e, ao mesmo tempo, produz o controle sobre os que poderiam perturbar o processo social. O mercado consumidor é quase infinito, composto por toda a massa supérflua de consumidores “falhos” da nova ordem econômica.

A demanda pelo serviço não tem limite,

bem como a disposição de pagar pelo que é entendido como segurança. Não há falta de matéria-prima, pois a oferta de crimes é inesgotável. Trata-se de um setor industrial ecologicamente responsável, uma vez que não apresenta os problemas de poluição industrial e ainda “limpa” os elementos indesejáveis do sistema social. Fornece armas para o que é visto como uma luta legítima, tendo poucos inimigos naturais. Não há limites para a expansão do controle do crime quando é determinada pelo impulso industrial, pela busca de lucro, e não por valores.⁽³⁾

**As empresas que
desejam participar
da administração
penitenciária
visam obter lucro da
própria existência da
criminalidade, logo,
não têm porquê
lutar contra a
criminalidade.**

Entre os produtos e artigos anunciados pela indústria do controle do crime, incluem-se tornozeleiras eletrônicas para presos e armas não letais. São produtos que despertam a simpatia até de alguns críticos da expansão do Direito Penal, encarados como um mal menor que minimiza a superlotação dos presídios e a letalidade policial, respectivamente. Resta indagar se esses remédios não agravam a doença, na medida em que legitimam uma sociedade orwelliana e incursões policiais desnecessárias, que atingem os mesmos alvos de sempre.

A expansão do mercado de segurança privada, por sua vez, redefine as fronteiras entre público e privado na sociedade, impondo a

segregação discriminatória em condomínios fechados e shopping centers. A segurança privada não busca, imediatamente, objetivos de justiça nem a proteção de interesses coletivos. Se alguns autores defendem que em alguns locais, como bancos, pode haver um efeito dissuasivo geral, outros sustentam que a segurança privada gera um efeito de deslocamento do risco delitivo, ou seja, a segurança dos que podem pagar afeta negativamente a segurança dos que não podem.⁽⁴⁾

Perde-se uma importante tarefa do Estado, qual seja, a de neutralizar, na esfera da polícia e da persecução penal, o poder social, bem como a de impor o direito geral, e de proteger, de uma forma especial, os mais fracos. O negócio de segurança privada, ademais, é menos freado pela vinculação aos princípios do que a polícia estatal, dando uma margem maior ao desrespeito aos direitos humanos e aos abusos de poder.⁽⁵⁾

No terreno da punição, a superlotação dos presídios é encarada como um fato consumado, ao invés de o Estado procurar políticas alternativas de combate ao crime e à pobreza. Diante da escassez de recursos públicos para construir novos presídios e da ideologia neoliberal, a saída defendida é a privatização de presídios. De acordo com **Loïc Wacquant**, essa política, seja nos EUA, seja na Grã-Bretanha, antes de ser resultado dos interesses privados das empresas do setor carcerário, resulta de um projeto político: a invenção de um Estado pós-keynesiano “liberal-paternalista”.⁽⁶⁾

O encarceramento de massa desempenha uma função econômica apenas indireta: a de “disciplinar as frações mais rebeldes do novo proletariado do setor de serviços, elevando o custo das estratégias de espera ou de fuga para a economia informal e ilícita de rua”.⁽⁷⁾ A ascensão intelectual e política da “Nova Direita”, com todo o seu discurso antiestatal, foi fundamental para a economicização do diagnóstico da crise do sistema penitenciário e das supostas soluções. Pregam-se os dogmas da eficiência, livre mercado, competição, aperto orçamentário, gestão empresarial, desmonte da assistência social e dos direitos trabalhistas.⁽⁸⁾

No entanto, segundo **José Eduardo Faria**, a proposta de privatização das prisões não representa o “enxugamento” do Estado, mas sua feudalização. Tratando homens como simples mercadorias e convertendo a mão de obra presa em operários “compulsórios”, tais propostas desprezam os pressupostos fundamentais subjacentes à criação do próprio Estado liberal. A formação de uma dualidade entre o poder público e os poderes privados poderia negar o próprio caráter público do Estado, pois abre caminho para a substituição da ordem legal, formalmente válida *erga omnes*, por ordens paralelas constituídas *ad hoc* e geridas “substantivamente” por milícias privadas que veem a administração da justiça apenas como um simples negócio.⁽⁹⁾ Não haveria razão para as empresas privadas desejarem a reintegração do egresso, pois a reincidência seria lucrativa. As empresas que desejam participar da administração penitenciária visam obter lucro da própria existência da criminalidade, logo, não têm porquê lutar contra a criminalidade.⁽¹⁰⁾

Finalmente, do ponto de vista ético, pode soar repugnante extrair lucros do sofrimento humano. É como se a eficiência e a redução de custos fossem a base da autoridade que a companhia exerce sobre os detentos. Diversos eufemismos são empregados para disfarçar a relação ilegítima de opressão e qualificar os envolvidos, tais quais “residentes”, “supervisores de residentes” ou “técnicos em segurança empresarial”.⁽¹¹⁾ A privatização é cômoda para a consciência da população. Enquanto a punição permanece nas mãos do Estado, todos podem sentir-se carcereiros, responsáveis pela aplicação da dor. Porém, quando a punição passa a ser aplicada por um funcionário de uma empresa privada, não diz mais respeito ao cidadão, que pode, enfim, lavar suas mãos.⁽¹²⁾

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (coord.). *Privatização de prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad.

Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FARIA José Eduardo. *Políticas públicas e privatização: o caso do sistema prisional*. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, vol. 116, 1992.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

HASSEMER, Winfried. *O direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. **André Telles**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

NOTAS

- (1) Este artigo foi escrito com o apoio do CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.
- (2) Apud **MINHOTO, Laurindo Dias**. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 158-159.
- (3) **CHRISTIE, Nils**. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGS em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 1-3.
- (4) **GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de**. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 7. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 371-372.
- (5) **HASSEMER, Winfried**. *O direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 218-220.
- (6) **WACQUANT, Loïc**. *As prisões da miséria*. Trad. **André Telles**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 100.
- (7) **WACQUANT, Loïc**. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 140-141.
- (8) **MINHOTO, Laurindo Dias**. *Op. cit.*, p. 141-142.
- (9) **FARIA, José Eduardo**. *Políticas públicas e privatização: o caso do sistema prisional*. *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, vol. 116, 1992, p. 117-119.
- (10) **ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de** (coord.). *Privatização de prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 20.
- (11) **MINHOTO, Laurindo Dias**. *Op. cit.*, p. 89-90.
- (12) **CHRISTIE, Nils**. *Op. cit.*, p. 106.

Danilo Cymrot

Mestrando do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo.

PARTICIPE POR ACREDITAR

CONGRESSO BRASILEIRO SOBRE DROGAS, LEI, SAÚDE, CULTURA E SOCIEDADE

Data: de 30 de novembro a 3 de dezembro

Local: Centro Comunitário Athos Bulcão - Campus Universtário Darcy Ribeiro - Universidade de Brasília - UNB - DF

Realizador do evento: Decanato de Extensão da Universidade de Brasília

Inscrições: A partir do dia 15 de setembro na secretaria do Centro Interdisciplinar de Formação Continuada Interfoco (Universidade de Brasília)

Telefones: (61) 3107-5917 / 3107-5918 / 3107-5919 ou e-mail: interfoco@unb.br

Apoio e patrocínio: Governo do Distrito Federal, Universidade de Brasília, Decanato de Extensão da UNB, Faculdade de Comunicação da UNB, Instituto de Biologia da UNB, NEIP (Núcleo de Estudos Interdisciplinar sobre Psicoativos), ABESUP (Associação Brasileira de Estudos Sobre Substâncias Psicoativas), IBCCRIM e Viva Rio.

O TRIBUNAL DO JÚRI DE ACORDO COM O PL 156/09: ALGUNS PARADOXOS NÃO RESOLVIDOS

Guilherme Rodrigues Abrão

Como consabido, o Júri é uma cláusula pétrea inculpada na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII), o que o torna para muitos o símbolo de um procedimento democrático, devidamente regulado pelo Código de Processo Penal, o que ainda permitiria afirmar ser esse procedimento (bifásico, pois num primeiro momento se tem a instrução preliminar, para posteriormente ocorrer o julgamento em plenário) uma garantia fundamental, na qual se asseguram a plenitude de defesa, a soberania dos veredictos, o sigilo das votações e sua competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, conforme se dispõe na própria Constituição.

Todavia, alguns pontos relacionados ao Tribunal do Júri são merecedores de crítica, pois ressaltam um caráter antidemocrático, ou ao menos não tão democrático quanto muitos pensam, em sua estrutura. Concorde-se com **Lopes Jr.**, no sentido de que “*o Tribunal do Júri é um dos temas em que a doutrina nacional desfruta de um longo repouso dogmático, pois há anos ninguém ousa questionar(r) mais sua necessidade e legitimidade*”.⁽¹⁾

Nesse aspecto, coloca-se, ainda que brevemente, em discussão a independência dos jurados (extremamente suscetíveis a pressão e influência, notadamente da mídia em casos, não escassos, que ganham um tom de espetáculo), que, por seu turno, ao decidirem a vida do acusado não precisam fundamentar/motivar sua decisão (livre convencimento imotivado, no qual “*a decisão dos jurados é absolutamente ilegítima porque carecedora de motivação*”⁽²⁾); a questão da própria simbologia no plenário do Júri (arquitetura que permite ao Ministério Público posição privilegiada ao lado do Juiz); o problema da (duvidosa) condenação por maioria simples (4x3); o limbo jurídico da decisão de impronúncia (o acusado não é absolvido nem condenado); e o já lamentavelmente aceito pelos Tribunais pátrios *in dubio pro societate*, o qual nem mesmo base constitucional/legal possui (ao contrário do *in dubio pro reo*, o qual é rechaçado no Tribunal do Júri, ao menos no encerramento da primeira fase instrutória).

Tais pontos, cruciais na discussão sobre o Tribunal do Júri, não foram objetos de atenção durante a reforma processual de 2008, quando a Lei n. 11.689/08, motivada a dar maior celeridade e eficiência ao procedimento do Júri, trouxe significativas mudanças, a saber: apresentação de resposta à acusação em 10 dias pela defesa; prazo de 90 dias para término da primeira fase do procedimento; realização de audiência una; supressão do libelo acusatório; possibilidade de julgamento sem a presença do acusado; vedação do uso de algemas em plenário; proibição de menção à decisão de pronúncia nos debates em plenário; simplificação dos quesitos; fim do

recurso de protesto por novo júri; ampliação dos casos de desaforamento, dentre outras.⁽³⁾

Ao verificar-se o Projeto de Lei 156/09, o qual pretende elaborar um novo Código de Processo Penal, percebe-se que o Tribunal do Júri mantém as mesmas bases e fundamentos que foram inspiradores da reforma de 2008, por intermédio da Lei n. 11.689/08, ou seja, o PL 156/09 referenda a reforma ocorrida anteriormente (2008), não trazendo maiores e significativas alterações no que tange ao procedimento do Júri, pois reconhece **Dotti** que “*o disegno di legge n. 156/2009 do CPP avaliou positivamente o sistema de procedimentos instaurado com as Leis n. 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008*”.⁽⁴⁾ Entretanto, ainda que no PL 156/09 a estrutura do Júri seja muito semelhante à do atual e vigente Código de Processo Penal, algumas considerações merecem destaque.

No PL 156/09, eliminou-se o atual art. 409 do CPP, o qual permite vista dos autos ao Ministério Público após a apresentação da resposta à acusação pela defesa, pois, diante da plenitude de defesa e do contraditório, a defesa manifesta-se por último no processo penal. As hipóteses de desaforamento somente foram previstas em relação à imparcialidade do júri (art. 335 do PL) e ao excesso de serviço (art. 336 do PL), ocorrendo, portanto, uma redução das hipóteses em relação ao atual CPP (excesso de serviço, imparcialidade do júri, segurança do acusado e ordem pública – arts. 427 e 428 do CPP). Houve mudança parcial na arquitetura do plenário, pois, de acordo com o PL 156/09, art. 381, § 5º, o acusado terá assento ao lado de seu defensor (agregou-se esse parágrafo ao atual art. 473 do CPP). Também se eliminou os quesitos atualmente previstos nos incisos I e II do art. 483 do CPP, sendo, no PL 156/09, os quesitos dispostos no art. 391 (I – se deve o acusado ser absolvido; II – causas de diminuição de pena; e III – existência de qualificadora ou causa de aumento da pena).

Mas, há dois paradoxos inexplicáveis até então no PL 156/09. O primeiro ponto paradoxal diz respeito ao que atualmente também se verifica no CPP ao tratar da decisão de pronúncia. Por um lado, se tem previsão expressa de que os jurados devem receber cópia da decisão de pronúncia (art. 472, parágrafo único, do CPP e art. 380, § 1º, do PL), mas há proibição de menção à referida decisão quando dos debates sob pena de nulidade (art. 478, I, do CPP e art. 386, I, do PL). Aos jurados deve-se fornecer cópia da decisão que pronunciou o acusado, mas não se pode fazer referência a esta quando dos debates em plenário, permitindo que os jurados tenham em mãos uma importante decisão que não poderá ser melhor explicada pelas partes, especialmente pela defesa, sob pena de nulidade do julgamento.

Também, o PL 156/09 trouxe o mesmo raciocínio em relação aos depoimentos prestados na investigação criminal, pois o art. 386, III, do Projeto estabelece que as partes, durante os debates, não poderão fazer referência aos depoimentos prestados na fase investigativa, sob pena de nulidade, mas mantém nos autos processuais o inquérito policial e ainda permite que os jurados requeiram o acesso aos autos (art. 388, § 3º, do PL). Logo, os depoimentos colhidos na fase de investigação estão no inquérito e nos autos, com acesso facultativo dos jurados, mas não podem, sob pena de nulidade do julgamento, ser mencionados pelas partes nos debates.

Ambos são pontos paradoxais e revelam certa incongruência, que o PL 156/09 não esclarece, e, se aprovado o novo CPP, propiciarão intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, possibilitando que se abra margem para inúmeras anulações de julgamentos em virtude de se fazer referências aos depoimentos prestados na fase preliminar e a decisão de pronúncia durante os debates. Ademais, a estrutura do Tribunal do Júri no PL 156/09 não destoa da atual previsão adotada pelo CPP vigente, o que revela a importância de se ter cautela com reformas e mudanças que visam maior eficiência e celeridade nos procedimentos, trazendo, conseqüentemente, violações a direitos e garantias fundamentais do acusado.

NOTAS

- (1) **LOPES JR., Aury.** *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 337.
- (2) *Idem*, p. 341
- (3) “*A reforma ocorrida por meio da Lei n. 11.689/08 objetivou a resolução de antigos problemas do Tribunal do Júri: formalismos injustificados que, não raro, conduziam a nulidades dos julgamentos; excessiva demora do procedimento; entraves ocasionados por imposições como a necessidade da presença do acusado para o julgamento. Tentou-se alcançar, assim, eficiência, maior celeridade, sem sacrifício de direitos e garantias fundamentais, sobretudo no tocante ao exercício da defesa, já que a Constituição exige, no Tribunal do Júri, a observância da plenitude de defesa*” (**QUEIJO, Maria Elizabeth.** Tribunal do Júri: a evolução que não se consolidou na reforma. *Boletim IBCCRIM*, n. 218, jan./2011).
- (4) **DOTTI, René Ariel.** *Garantias individuais no procedimento do júri: alguns aspectos do direito vigente e do Projeto n. 156/09.* *Boletim IBCCRIM*, edição especial, ago./2010.

Guilherme Rodrigues Abrão

Advogado criminalista.

Mestre em Ciências Criminais (PUC/RS).

Especialista em Ciências Criminais (Rede LFG) e

em Direito Penal Empresarial (PUC/RS).

Secretário e Coordenador-Adjunto do

Departamento Científico do Instituto Brasileiro

de Direito Processual Penal (IBRAPP).

EM DEFESA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

João Paulo Orsini Martinelli

Decisões recentes do Supremo Tribunal Federal colocaram em dúvida os princípios fundamentais do direito penal e o futuro da aplicação da insignificância. Em especial, dois julgados chamaram a atenção. O primeiro é o HC 107.733, negado ao acusado de furtar seis barras de chocolate no valor total de R\$ 31,80, uma vez que sua finalidade era trocar os bens por drogas para consumo pessoal. O segundo refere-se ao HC 100.690, também não concedido, cujo paciente foi acusado pela tentativa de furto de dois DVDs no valor total de R\$ 34,90. Estes julgados parecem destoar do pensamento garantista que, gradativamente, vem recebendo acolhida do Egrégio Tribunal.

No processo penal, a fundamentação do julgador, ao condenar ou absolver alguém, deve passar, necessariamente, pela finalidade da pena e pela proteção do bem jurídico tutelado. A finalidade da pena no caso concreto, como consequência de um comportamento proibido, coincide com a própria função do direito penal.⁽¹⁾ Assim, deve-se evitar a banalização da punição criminal para assegurar a legitimidade e a segurança do direito penal, conjugando os princípios da lesividade, da subsidiariedade e da proporcionalidade.

O princípio da insignificância está ligado à lesividade suficiente do bem jurídico tutelado pela norma penal, ou seja, é problema de tipicidade (entendimento já adotado pelo STJ no HC 191.615/SP). Parte-se do pressuposto de que lesões irrelevantes merecem outra forma de reparação distinta do direito penal. Quer dizer, *ser insignificante para o direito penal não implica ser irrelevante para o ordenamento jurídico*. A insignificância penal nada mais é do que um freio ao poder punitivo do Estado que, tradicionalmente, faz uso da sanção penal como primeiro instrumento da resolução de conflitos. Trata-se, pois, de instrumento de interpretação restritiva, fundada na concepção material do tipo penal.⁽²⁾ Nem sempre quando o fato se amoldar na descrição típica haverá um crime.

A tipicidade completa do fato forma-se com a união da tipicidade formal e da tipicidade material. A tipicidade formal é a adequação do comportamento praticado com aquele descrito e proibido em lei. Complementarmente, a tipicidade material é a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.⁽³⁾ Sendo a lesão de pequena monta, preenche-se a tipicidade formal sem incorrer na tipicidade material. O próprio STF já decidiu que “o comportamento passa a ser considerado irrelevante sob a perspectiva do Direito Penal diante da ausência de ofensa ao bem jurídico protegido”, e, “consoante o critério da tipicidade

de material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais tem perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto”.⁽⁴⁾

A tipicidade do fato depende da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma. No crime de furto, tutela-se o patrimônio individual, conforme disposição do Código Penal. Na verificação do comportamento do acusado, deve o julgador ficar restrito somente ao patrimônio atingido. Não obstante, não é suficiente considerar a situação da vítima. O parâmetro a seguir é o custo da estigmatização do processo criminal, é dizer, qual o patamar aceitável de lesão ao bem jurídico que compense colocar o agente no polo passivo da ação penal. O tratamento penal deve ser necessário e idôneo à resolução do conflito no caso concreto, pois, por ser a mais drástica ingerência do Estado nas esferas individuais de liberdade, justifica-se apenas na medida em que a própria existência humana esteja em risco.⁽⁵⁾

A primeira objeção à punição por lesões insignificantes, assim, é a ausência de tipificação material da conduta. O segundo óbice é a falta de finalidade preventiva da pena. Não é de hoje que a pena deixou de ser mera retribuição ao mal causado para assumir um papel de prevenção. A pena deve ser capaz de estimular a população a ter um comportamento conforme o direito (prevenção geral positiva) e ressocializar o infrator (prevenção especial positiva). Quanto ao segundo aspecto, o da prevenção especial positiva, é compromisso assumido pelo Brasil atribuir à pena o papel de reinserir o condenado na sociedade (art. 5º, 6, do Pacto de São José da Costa Rica). Nas lesões de pequena relevância é pouco ou nada provável que a pena criminal exerça sua finalidade preventiva.

Diante da importância da política criminal na construção da teoria do delito, importante considerar a doutrina de **Roxin**, que compreende a finalidade preventiva da pena como elemento da própria estrutura do crime. O delito, na composição proposta, é formado pela tipicidade, pela antijuridicidade, pela culpabilidade e pela finalidade

preventiva da pena. Ou seja, se a sanção não for viável para atender os fins preventivos, o fato não é criminoso, mesmo que seja típico e antijurídico. Esta elaboração de **Roxin** é denominada “teoria da responsabilidade”, segundo a qual a culpabilidade e as necessidades preventivas formam o terceiro requisito do delito: a “responsabilidade”. A intenção de **Roxin** é defender uma posição liberal-garantista, “que impõe ao poder punitivo estatal limites tão estreitos quanto socialmente sustentáveis”.⁽⁶⁾ O autor aproxima ao máximo a dogmática da política criminal, impedindo a criminalização de comportamentos para os quais a pena seria ineficaz na prevenção de novos crimes. Parece ser a orientação mais correta, uma vez que a aplicação da pena que não tenha finalidade de prevenção soa como arbitrariedade do Estado, que deseja punir por mera vingança ou para provocar o temor na população (prevenção geral negativa).

Essa concepção de delito possui uma orientação teleológica de abertura cognitiva e, ao mesmo tempo, permite limitar o sistema penal e “orientar o emprego de seus instrumentos característicos à produção de consequências sociais compatíveis com os ditames de um Estado Democrático de Direito”.⁽⁷⁾ Não se deseja o estímulo à prática de infrações ao ordenamento; o que se pretende é racionalizar o poder punitivo e impedir a aplicação da pena quando esta se demonstrar desnecessária e arbitrária. Fundamental, portanto, conjugar a lesão ao bem jurídico com a finalidade preventiva da pena para afirmar a ocorrência do fato criminoso.

Nesse sentido, a reincidência não pode ser fator impeditivo para a aplicação da insignificância, conforme já se manifestou o STJ no HC 181.058/SP. Só pode a reincidência interferir no momento da aplicação da pena (dosimetria), ou seja, após instrução criminal finalizada com uma sentença condenatória, situação em que o fato já foi reputado criminoso. Considerar a situação do acusado na análise da tipificação (ao negar a insignificância) é adotar um direito penal do autor, somando aspectos pessoais do acusado ao fato praticado. Ainda, ressalta-se que, para alegar a reincidência de alguém, necessariamente deve haver duas condenações anteriores com trânsito em julgado: a primeira, que

A insignificância penal nada mais é do que um freio ao poder punitivo do Estado que, tradicionalmente, faz uso da sanção penal como primeiro instrumento da resolução de conflitos. Trata-se, pois, de instrumento de interpretação restritiva, fundada na concepção material do tipo penal.

ceifa a primariedade, e a segunda, que torna o sujeito reincidente (no segundo processo, o agente é apenas não primário, ainda não é reincidente). Apenas assim, num terceiro processo, a reincidência pode ser argumento para agravar a situação do condenado.

No caso do sujeito que furtava para consumir drogas, o problema é maior. Se o mesmo praticou a conduta movido pelo vício, deve-se ter em consideração a condição pessoal (ausência de culpabilidade) e declarar sua inimputabilidade. A pena não atende à finalidade preventiva quando o agente for incapaz de responder por seus atos. Além da lesão insignificante ao bem jurídico patrimonial (ausência de tipicidade material), a pena aplicada não atenderá às finalidades preventivas. A Lei de Drogas, em seu art. 45, prevê dispositivo no mesmo sentido: “*É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*”.

Se a jurisprudência reconhece a saúde

pública como bem jurídico para justificar a punição aos crimes previstos na Lei de Drogas, a mesma deve ser reconhecida como fundamento para a isenção de pena. Punir alguém que furta valores insignificantes para alimentar o tráfico não vai resolver um problema de saúde pública. Ao contrário, o sujeito será um usuário estigmatizado e rotulado como criminoso, o que pode dificultar sua recuperação. O direito penal não é a melhor solução para esse tipo de conflito.

Não é possível concluir um tema tão complexo em qualquer espaço. Tampouco se pode trazer uma opinião imutável sobre a insignificância. Entretanto, valores que foram adquiridos ao longo de séculos e reconhecidos como pilares do direito penal não podem ser esquecidos. A lesividade e a finalidade preventiva da pena são conquistas do direito penal democrático e humanista, o qual não pode ser conduzido por um suposto clamor popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGALUPO, Enrique.** *Derecho penal, parte general.* Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães.** *O princípio da proporcionalidade no direito penal.* São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2003.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Fundamentos de direito penal brasileiro.* São Paulo: Atlas, 2010.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. *Estudos de direito penal.* Trad. **Luis Greco.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 133-164.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da pena.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

VICO MAÑAS, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1993.

NOTAS

- (1) **BACIGALUPO.** *Derecho penal, parte general,* p. 21 e ss.
- (2) **VICO MAÑAS.** *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal,* p. 58.
- (3) **RODRÍGUEZ.** *Fundamentos de direito penal brasileiro,* p. 149-150.
- (4) *HC 102.080/MS.*
- (5) **GOMES.** *O princípio da proporcionalidade no direito penal,* p. 87.
- (6) **ROXIN.** A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: *Estudos de direito penal,* p. 154 e ss.
- (7) **SALVADOR NETTO.** *Finalidades da pena,* p. 54.

João Paulo Orsini Martinelli

Advogado.

Doutor e Mestre em Direito Penal

pela USP. Coordenador-chefe do

Departamento de Internet do IBCCRIM.

“POR JUSTIÇA, TERRA E VIDA”: CRIMINALIZAÇÃO E MORTE DE LIDERANÇAS INDÍGENAS

Tédney Moreira da Silva

Aos 07 de maio de 2010, durante a realização de seminários sobre a questão indígena, organizados pelo Núcleo de Combate à Discriminação, Racismo e Preconceito da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, compareceram líderes indígenas⁽¹⁾ do povo *Guarani-Kaiowá*, do Mato Grosso do Sul, entregando aos presentes, em duas folhas de papel, reivindicações antigas quanto à demarcação de suas terras tradicionais, constantemente invadidas, e à punição de seus agressores, todas elas sob um conclave que as titulava: “*Por Justiça, Terra e Vida*”.

Entre 40 mil hectares de terra e às margens da BR-163, os *kaiowá* (sobre)vivem em condições de extrema miséria⁽²⁾ e violência, representando, de certo modo, a sina de outros povos indígenas no Brasil. Além dos sofrimentos provocados pela discriminação às suas diversidades cultural, social, política e econômica (ou como fruto, ainda, desta violação), enfrentam os *kaiowá*, e, por extensão, todos os demais povos indígenas, a criminalização e morte de seus líderes, na ingrata tarefa de tentarem ser ouvidos, calando-se, assim, a sua voz e seus reclamos pela efetivação de direitos fundamentais.

A morte de **Marcos Verón**, *guarani-kaiowá* assassinado em 2003, no Município de Juti/

MS, ilustra esta realidade. Naquela madrugada do dia 13 de janeiro, enquanto ocupavam uma fazenda cujas terras reivindicavam como de seu povo, sete indígenas foram sequestrados, amarrados à carroceria de uma caminhonete e torturados. Com seu filho quase queimado vivo e sua filha, então grávida, espancada, **Marcos Verón**, aos 72 anos, sofreu diversas agressões com socos, pontapés e coronhadas de espingarda na cabeça, falecendo por traumatismo craniano.

O julgamento popular, desafortado de Dourados/MS para São Paulo/SP a requerimento do Ministério Público Federal (que compreendeu ser a medida necessária, a fim de se evitar que a influência econômica e o prestígio social dos fazendeiros da região pudessem vir a tolher o veredicto dos jurados – mesmo porque um daqueles teria tentado a modificação do depoimento de duas testemunhas), foi designado para ocorrer em maio de 2010, sendo, porém, novamente suspenso, ante o *abandono de plenário* do Procurador da República. Com o indeferimento, pela Juíza Federal da 1ª Vara Federal Criminal,⁽³⁾ do requerimento de colher os depoimentos dos indígenas em sua língua tradicional, com a presença de intérpretes, o representante do Ministério Público Federal entendeu restar

violada outra garantia fundamental dos indígenas, a de preservação e utilização de suas línguas maternas além da portuguesa, o que se assegura constitucionalmente, no art. 231, e por tratados internacionais, como a Convenção da Organização Internacional do Trabalho n. 169, ratificada pelo Congresso Nacional, em 19 de abril de 2004 (Decreto n. 5.051).

Ocorrido entre os dias 21 e 25 de fevereiro deste ano, o júri popular absolveu os três corréus das acusações de homicídio, condenando-os, no entanto, pelos crimes de sequestro, formação de quadrilha (o quarto acusado não foi, até então, localizado) e tortura à pena de 12 (doze) anos e 03 (três) meses de reclusão. Ao ver da defesa técnica, estão os dois primeiros crimes prescritos e os 02 (dois) anos e 07 (sete) meses de pena atribuídos a cada corréu pelo crime de tortura seriam detraídos nos quase quatro anos em que ficaram preventivamente presos.

Mesma sorte têm as investigações, empreendidas pela Polícia Federal, acerca do desaparecimento de **Rolindo Vera**, professor da comunidade *kaiowá* que teria retomado suas terras tradicionais, ocupadas pela Fazenda Triunfo, em Paranhos/MS, e da morte de seu irmão **Genivaldo Vera**, cujo corpo foi encontrado depenurado num galho de árvore nas

proximidades de sua comunidade Ypo'í, com diversas perfurações.

Outras lideranças memoráveis das populações indígenas foram vítimas de iguais atos de violência. Assim, **Francisco de Assis Araújo (Xicão Xukuru)**, do povo *Xukuru* de Ororubá, foi morto numa emboscada aos 20 de maio de 1998, no Município de Pesqueira/PE, por ser reconhecidamente um líder dos povos indígenas no nordeste do País. Lembremos, também, **Marçal de Souza (Marçal Tupá'í)**, líder dos *Guarani-Nhandeva*, morto aos 25 de novembro de 1983, que, diretamente ao antigo Papa **João Paulo II**, em sua visita ao Brasil em 1980, assim se pronunciou: “*Nossas terras são invadidas, nossas terras são tomadas, os nossos territórios são invadidos... Dizem que o Brasil foi descoberto. O Brasil não foi descoberto, não, o Brasil foi invadido e tomado dos indígenas do Brasil. Essa é a verdadeira história*”.⁽⁴⁾

Por outro lado, a criminalização de líderes indígenas segue seu curso, realizada, muitas vezes, a despeito dos mandamentos da legislação pertinente, dado que, à luz do critério de imputabilidade, são os indígenas criminalizados considerados, em geral, *integrados* à sociedade envolvente sem a produção do exame antropológico exigido pelo Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), bastando que falem a língua portuguesa ou manuseiem tecnologias próprias da cultura do Ocidente para *perderem* a condição de sua alteridade cultural e, logo, axiológica. Como se o vínculo étnico se materializasse e, como outro qualquer produto de troca do sistema do capital, pudesse ser substituído por outra lógica, outra cosmovisão.

Ademais, a própria doutrina, pautando-se numa suposta *inferioridade* dos *silvícolas* (termo absolutamente impróprio do ponto de vista antropológico), é silente quanto aos problemas postos pela temática indígena na seara penal e se contenta com uma fórmula genérica, embora hoje recôndita, de considerá-los incluídos entre os que, por *desenvolvimento mental incompleto ou retardo*, são inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento, pois, já nos dizeres de **Nelson Hungria**, no “*desenvolvimento mental*” deve-

-se incluir o *senso moral*, o que faz com que, entre os que possuem uma deficiência mental, conste o “[...] homo sylvester, *inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado homo medius que a lei penal declara responsável*”.⁽⁵⁾

o Brasil foi um dos países signatários favoráveis à adoção, pela Organização das Nações Unidas, da Declaração Universal de Direitos dos Povos Indígenas, que, reforçando a Convenção da OIT mencionada, traz aos povos indígenas e aos seus integrantes o status de sujeitos de direitos – devendo, como tais, serem respeitados.

Ainda, traço característico de grande parte dos crimes praticados por indígenas contra não indígenas é que são aqueles resultados de resistências e lutas para assegurar e concretizar direitos originários. Desta sorte, em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, afastou-se a aplicação da Súmula 140 desta Corte (que determina ser de competência da Justiça Estadual o julgamento de crime em que o indígena figure como autor ou vítima) nos casos em que fica patente o conflito de interesses supraindividuais, como o são os direitos indígenas. Isto porque, à luz do *princípio de preponderância do interesse da União*, sempre que houver a disputa por direitos originários das populações

indígenas, atraem-se à competência federal o processamento e o julgamento dos crimes cometidos (CC 99.406-RO, Rel. Min. **Jorge Mussi**, julgado em 13.10.2010).

Por fim, cumpre assinalar que, embora não a tenha ainda ratificado, o Brasil foi um dos países signatários favoráveis à adoção, pela Organização das Nações Unidas, da *Declaração Universal de Direitos dos Povos Indígenas*, que, reforçando a Convenção da OIT mencionada, traz aos povos indígenas e aos seus integrantes o *status* de sujeitos de direitos – devendo, como tais, serem respeitados.

Significa dizer que, na análise dos conflitos penais em que os indígenas figuram, seja como ofensores ou ofendidos, não deverá haver “*dois pesos, duas medidas*”, punindo-os com severidade quando agentes (e, no mais das vezes, em desacordo à lei ordinária), e não respondendo ao seu direito à segurança, ao seu direito à “*Justiça*”, com descaso pelos conflitos (de sangue, em geral) em que se veem inseridos.

Ainda que pensemos ser o Direito Penal inadequado, por si, a assegurar direitos fundamentais e a concretizar o valor supremo do que seja o *justo*, deve-se, aqui, realizar o esforço de compreender, uma vez mais, que à igualdade corresponde o tratamento desigual daqueles que se desiguam, na medida desta

desigualdade. Se ao ordenamento penal foi dada a tarefa de, em última instância, velar pelos valores maiores da sociedade quando violados, não se pode ser, num caso, silente às lesões provocadas e, noutro, ser excessivo e desarrazoado na sua punição, pois caso se busca simbolizar aos cidadãos que a “*Justiça foi feita*”, deve esta ser ofuscante aos olhos de todos, e não somente aos daqueles que têm como guardiã uma deusa vendada.

Por ser o instrumento do Estado mais violador de direitos individuais, utilizado, em tese, na busca pela proteção de bens jurídicos (ou, para alguns, para a reafirmação da norma violada), o Direito Penal deve, necessariamente, subsumir-se ao respeito às garantias fundamentais e a princípios outros que encontrem na dignidade da pessoa humana o seu valor central – isto porque será esta a nota de legitimidade da sua execução, resultando, caso contrário, num instrumento vil de repressão e segregação. Somente assim pode considerar-se apto à preservação e ao revigoramento dos clamores da nossa sociedade por Justiça e Vida, em seus mais lato e bruto sentidos, que estão, também, presentes nas vozes de nossos iguais, os indígenas. Uma voz que não se deve calar. E não se calará.

NOTAS

- (1) Os *Guarani-Kaiowá* são, aproximadamente, 40 mil indígenas localizados no Paraguai e no Estado do Mato Grosso do Sul, organizados em comunidades menores e que, neste ato, foram representados por lideranças indígenas das comunidades *Kurusu Ambá*, *Ypo'í*, *Laranjeira Nhanderu*, *Taquara* e *Nhanderu Marangatu*.
- (2) Basta recordar que, em março de 2009, foi elaborado o Requerimento de Informação (RIC 3.793/09) pela Câmara dos Deputados, o qual buscava informações do Ministério da Justiça sobre as oito toneladas de fubá e feijão que, destinados a compor as cestas básicas dos *kaiowá*, tiveram o prazo de validade vencido antes de serem entregues por agentes da FUNAI (Brasil. Câmara dos Deputados. RIC 3.793/09. <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=426519>. Acesso em 07maio2011).
- (3) Para ver a ata do julgamento popular redesignado e as motivações para tanto, sugere-se sua leitura: <<http://www.jfsp.jus.br/20100506-juriindio>>. Acesso em 07maio2011.
- (4) **Conselho Indigenista Missionário**. *Outros 500: construindo uma nova história*. São Paulo: Editora Salesiana, 2001, p. 216.
- (5) **HUNGRIA, Nelson**. *Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo 2º (Arts. 11 a 27)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

Tédney Moreira da Silva

Advogado.

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Filosofia pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade São Judas Tadeu.

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 SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: UMA VISÃO SOBRE O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Gabriel Haddad Teixeira

O estabelecimento de uma corte penal internacional reforça a luta pela proteção da pessoa e dos bens jurídicos relevantes. Pois, entre os vários anseios que motivaram sua criação está o combate à impunidade para os crimes que representam “*uma ameaça à paz, à segurança e ao bem estar da humanidade*”,¹ ao mesmo tempo em que se preservam as garantias básicas dos acusados.

Assim, a Conferência Diplomática de Roma estabelece o Tribunal Penal Internacional (TPI) como uma solução adequada a esse anseio de tutela. Contudo, os tribunais internacionais (permanentes ou *ad hoc*), a exemplo dos nacionais, têm reproduzido e voltarão a reproduzir estruturas punitivas seletivas,⁽²⁾ visto que a institucionalização de um sistema de controle pressupõe a seleção das condutas e indivíduos que serão submetidos a esse sistema de controle – processo de criminalização.⁽³⁾ Nesse contexto, é necessário verificar até que ponto esse caráter seletivo não reduz a eficácia do TPI como novo mecanismo de proteção.

A predominância dos estratos inferiores da população nos sistemas de controle e nas estatísticas oficiais evidencia a seletividade do sistema penal. O modo pelo qual o sistema foi estruturado afasta a perseguição criminal daqueles que estão em condição de poder, ao mesmo tempo em que dirige sua atuação aos que não possuem a mesma condição de influenciar.

A seletividade opera-se no nível quantitativo face à desproporção entre os programas estabelecidos pelo direito penal e os recursos disponíveis para a operação das agências e, no nível qualitativo que direciona a atuação do sistema a determinados crimes, a depender de suas especificidades ou da condição social dos delinquentes e da vítima.⁽⁴⁾

Os estudos sobre a criminalidade de colarinho branco e a cifra oculta retiram a credibilidade das estatísticas oficiais como mecanismos de análise da distribuição da criminalidade, uma vez que geram um falso quadro sobre a distribuição da criminalidade nos estratos sociais. Isto porque as estatísticas oficiais são feitas com base no resultado da criminalização – crimes perseguidos e identificados – e os crimes de colarinho branco raramente são perseguidos pelo sistema penal e, ainda que identificados, possuem mecanismos para evitar a perseguição penal.⁽⁵⁾

É com base na distribuição irregular da criminalidade que se perpetua a noção de criminalidade como fenômeno concentrado nos estratos inferiores da sociedade. Cria-se, desta forma, *estereótipos da criminalidade* que os agentes do sistema penal tomam como

norte para a sua atuação, tornando-a cada vez mais seletiva. Todavia, os referidos estudos mostram que a criminalidade não é um atributo de uma minoria da sociedade, mas faz-se presente em todos os estratos sociais. O desequilíbrio está na criminalização que é desigual ou seletivamente distribuída dentro do sistema penal.⁽⁶⁾

A etapa da criminalização primária é marcada pela criação de leis penais materiais que incriminam ou permitam a atuação do sistema penal no sentido de incriminar e sancionar determinadas pessoas. É quando se define os bens jurídicos protegidos, as condutas alvo de sanção, bem como a quantidade e qualidade das sanções.⁽⁷⁾

Nesse momento, opera-se uma seleção abstrata, uma vez que não se pode determinar ao certo quem será atingido pela norma sancionada, podendo existir apenas uma perspectiva sobre o perfil das pessoas, ou bem os grupos, que serão perseguidos. Assim, as pessoas que estão na condição de influenciar o sistema penal direcionam o sistema penal para captação dos desvios conforme os seus interesses, criminalizando uma quantidade maior de desvios típicos das classes e grupos socialmente mais débeis e marginalizados. A técnica de elaboração dos tipos penais evidencia esse processo de seleção.⁽⁸⁾

O processo de criminalização primária é um *ato formal* exercido pelas *agências políticas* do sistema penal que estabelecem os critérios programáticos a serem executados pelas *agências de criminalização secundária*.⁽⁹⁾ Esse programa estabelecido não é exercido em sua plenitude diante da incapacidade operacional do sistema penal secundário, levando a uma atuação seletiva por parte dessas agências. Essa seleção é a criminalização secundária que opera não só sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimizados.⁽¹⁰⁾

O processo de criminalização primária nos trabalhos da Conferência de Roma enfrentou várias dificuldades para alcançar um consenso. A definição dos crimes devia ser precisa e certa, não só em decorrência do princípio da legalidade que rege o Direito Penal, mas também porque a imprecisão pode fazer com que os juízes preencham os vazios em consonância com os próprios sistemas de valor.⁽¹¹⁾

Assim, um dos argumentos apresentados ainda na preparação para elaboração da convenção destaca que o Estatuto dever-se-ia voltar à codificação das condutas e não ao desenvolvimento do direito internacional. E por isso, dever-se-ia limitar aos crimes cuja relação com direito internacional já se encontra mais desenvolvida,⁽¹²⁾ representando uma etapa de consolidação de um universal

normativo.⁽¹³⁾

A deliberação acerca das sanções a serem aplicadas pelo TPI também foi um dos grandes entraves encontrados na fase de criminalização primária. Uma parte das delegações, movida pela grandeza e pela gravidade dos crimes sobre a jurisdição do Tribunal, apoiou a inclusão das penas de morte e de prisão perpétua, enquanto a outra parte se posicionou de forma contrária face às limitações impostas pelos Direitos Humanos. Ao cabo das negociações, somente a pena de prisão perpétua foi incluída, representando uma decisão essencialmente política – pois, à luz dos Direitos Humanos, o caráter perpétuo das penas é justificado pela gravidade dos crimes.

Tal decisão, a exemplo de várias outras, demonstra a flexibilidade que possibilitou o prosseguimento das negociações e, mais do que isso, uma tentativa de reduzir o caráter seletivo do Tribunal, pois o posicionamento de alguns Estados, reconhecidamente poderosos, contra as normas da corte pode direcionar sua atuação para a sanção dos mais fracos, deixando os mais fortes impunes.⁽¹⁴⁾

Não obstante os esforços, constata-se que a atuação do Tribunal está voltada para a investigação da situação dos signatários mais fracos e menos influentes. Noticia-se, com certa frequência, acontecimentos que, se não fosse pela potência das partes envolvidas, ensejariam a atuação do TPI, como a invasão do Iraque. Contudo, desde sua entrada em vigor em 2002, a corte investiga as situações da África Central, do Congo, do Quênia, do Sudão e de Uganda, evidenciando, desta forma, seu caráter seletivo e afastando-se do propósito de justiça universal, voltada para a redução da impunidade.

Nota-se que tanto o poder do Estado quanto o poder atribuído ao agente podem interferir no processo de criminalização secundária, ocasionando um cenário propício para a impunidade. Na prática, o poder do agente afasta a jurisdição do tribunal, tornando-o invulnerável, pois o “*juízo do genocida só é viável quando ele tiver perdido seu poder (invulnerabilidade), pois até esse momento não passa de um provável (ou real) interlocutor das negociações diplomáticas*”.⁽¹⁵⁾

Apesar disso, conclui-se que os debates realizados na formação do Tratado de Roma e a jurisprudência do TPI incentivam o processo de formação e consolidação do *universal normativo*, trazendo novos fôlegos para o processo de internacionalização do direito, pois, embora seletivo, o Tribunal garante “*um certo grau de menor irracionalidade, contendo e limitando o poder punitivo internacional na medida de seu reduzido espaço de intervenção,*

e especialmente evitando que ele alcance inocentes”.⁽¹⁶⁾ Contudo, ainda que o TPI se apresente de forma mais racional à luz dos mandamentos básicos do Direito Penal, é preciso reconhecer que a impunidade não será resolvida com a mera sobreposição de jurisdições, sendo necessário, para tanto, que se permita a atuação de outras formas de controle.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de.** *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARATTA, Alessandro.** *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille.** *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais.* Barueri: Manole, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille.** *Trois défis pour un droit mondial.* Paris: Seuil, 2004.
- PECEGUEIRO, Carolina Guimarães.** *Uma falácia chamada Tribunal Penal Internacional: das promessas não cumpridas à reprodução de desigualdades.* 2007. Disponível em: <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0880-D.pdf>>. Acesso em: 04jun.2010.
- ROBINSON, Patrick.** *The Missing Crimes.* In: **CASSESE, Antonio et al.** *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary.* New York: Oxford University Press, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio R. et. al.** *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.

NOTAS

- (1) Preâmbulo do Estatuto de Roma.
- (2) **ZAFFARONI, Eugenio R. et. al.** *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal,* p. 333.
- (3) *Idem,* p. 43.
- (4) **ANDRADE, Vera Regina Pereira de.** *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal,* p. 266.
- (5) **BARATTA, Alessandro.** *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal,* p. 102.
- (6) **ANDRADE, Vera Regina Pereira de.** *Op. cit.,* p. 265.
- (7) *Idem,* 278.
- (8) *Idem,* p. 279.
- (9) Policiais, promotores, advogados, juizes, agentes penitenciários e demais atores do sistema penal.
- (10) **ZAFFARONI, Eugenio R. et. al.** *Op. cit.,* p. 43.
- (11) **DELMAS-MARTY, Mireille.** *Trois défis pour un droit mondial,* p.85.
- (12) **ROBINSON, Patrick.** *The Missing Crimes,* p. 503.
- (13) **CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille.** *Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais,* p. 62.
- (14) **PECEGUEIRO, Carolina Guimarães.** *Uma falácia chamada Tribunal Penal Internacional: das promessas não cumpridas à reprodução de desigualdades,* p. 25.
- (15) **ZAFFARONI, Eugenio R. et. al.** *Op. cit.,* p. 329.
- (16) *Idem,* p. 333.

Gabriel Haddad Teixeira

Mestrando de Direito das Relações Internacionais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

PARTICIPE POR ACREDITAR

GARANTA JÁ SUA VAGA NO 17º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 23 A 26 DE AGOSTO DE 2011

Anteça-se para não ficar de fora do maior encontro de Ciências Criminais da América Latina.

As vagas para alguns painéis estão esgotando-se.

Todas as informações sobre o evento e como se inscrever estão disponíveis no hotsite:

www.ibccrim.org.br/seminario

INSCREVA-SE E FAÇA PARTE DESSE ENCONTRO.

Informações: eventos@ibccrim.org.br ou (11) 3111-1040 ramais 131 e 181

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 Andrezza 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 • Fernandes Lira e Evangelista de Souza – Sociedade de 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 • Ráo, Pacheco, Pires & Penón Advogados • Ruiz Filho e Kauffmann Advogados Associados • Saad Gimenes Advogados Associados • Silvio & Gustavo Teixeira Advogados Associados • Siqueira Castro - Advogados • Sobbé & Suliani Advogados Associados • Tofic e Fingermann Advogados • Toron, Torihara e Szafir Advogados • Vilardi e Advogados Associados • Zanoide de Moraes, Peresi & Braun Advogados Associados • Zenkner Schmidt, Poeta & Feldens Advogados Associados

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

LANÇAMENTOS

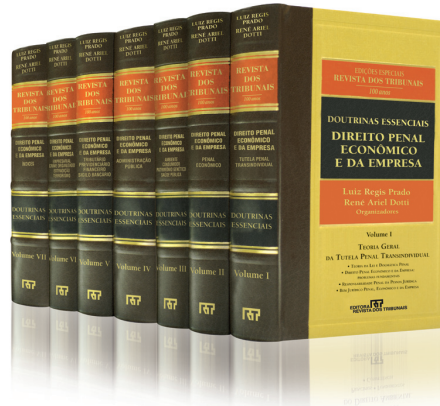


Coleção Doutrinas Essenciais

DIREITO PENAL ECONÔMICO E DA EMPRESA

Doutrinas Clássicas, Enfoque Atual

O mais relevante conteúdo elaborado por renomados especialistas sobre as questões relacionadas ao tema, essencial para obtenção de soluções práticas e inovadoras.



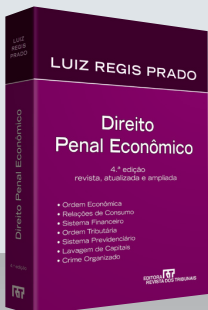
LUIZ REGIS PRADO
RENÉ ARIEL DOTTI

OBRA COMPLETA

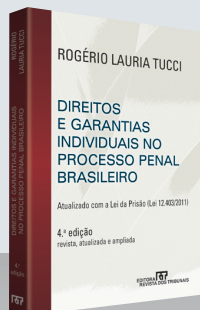
7 VOLUMES DE LUXO

Mais de **300 doutrinas** selecionadas

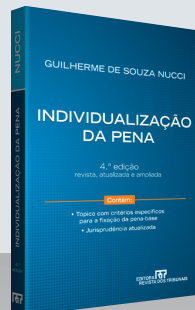
PARA SISTEMATIZAR
O PERMANENTE E O PRÁTICO



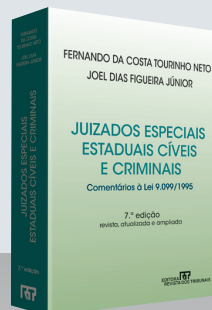
Direito Penal Econômico
Luiz Regis Prado



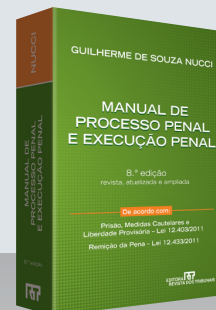
Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro
Rogério Lauria Tucci



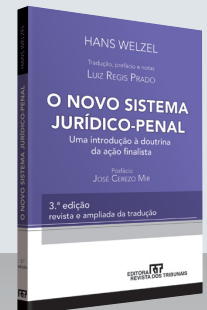
Individualização da Pena
Guilherme de Souza Nucci



Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais
Fernando da Costa Tourinho Neto
Joel Dias Figueira Júnior

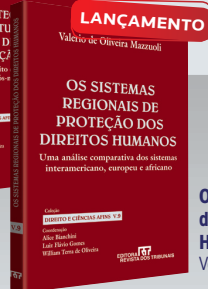


Manual de Processo Penal e Execução Penal
Guilherme de Souza Nucci



O Novo Sistema Jurídico-Penal
Hans Welzel

Coleção Direito e Ciências Afins



Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos
Valério de Oliveira Mazzuoli

Código de Processo Penal Comentado
Guilherme de Souza Nucci



Prisão e Liberdade
Guilherme de Souza Nucci

Adquira estas e outras obras na

livraria
RT

www.livrariart.com.br