

# Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO  
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



## EDITORIAL:

### MORTE ANUNCIADA

Os jornais noticiam que está para ingressar na pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 54) que versa sobre a anencefalia. Nada mais oportuno do que uma tomada de posição do IBCCRIM sobre a matéria. É óbvio que o espaço físico de um editorial não permite que se faça a análise da questão, sob seus diversos ângulos: médico, bioético, jurídico ou jurídico-penal. Nem que se coloquem na mesa de discussão critérios definidores de vida e de morte. A abordagem do tema será perspectivada a partir de quatro considerações-chaves: a gravidez como processo de duplicação; a garantia do caráter laico do Estado Social e Democrático de Direito; o argumento inaceitável de que o sofrimento está na raiz da condição humana; e o papel que o juiz deve exercer numa sociedade constitucionalmente pluralista.

A gravidez não é um episódio trivial e desimportante da vida da mulher. É “um fazer-se dois”: é o reconhecimento de um outro ser na própria mulher; é a duplicidade na unidade. Só mesmo uma mentalidade extremamente machista poderia afirmar que essa duplicidade não afeta, até em condições de normalidade, a saúde física e psíquica da mulher. O que se dizer, então, quando a mulher gesta um feto anencéfalo? A anencefalia é uma patologia, de caráter embriológico, detectável tecnologicamente no processo inicial da gravidez e que não dá ao feto chance de sobrevivência fora do claustro materno. O anencéfalo será inviável em qualquer momento do processo gestacional e não há como protegê-lo da irreversível condenação à morte. Quer sua expulsão do ventre materno se dê nos meses iniciais da gestação, quer se chegue a seu termo, o resultado será sempre igual, ou seja, a morte do anencéfalo, em razão do defeito neurológico que lhe é intrínseco. A anencefalia anuncia, em resumo, morte antecipada, e nada é mais cruel do que a gestante carregar, em seu ventre, não um nascituro, mas, em verdade, um projeto embriológico falido.

O Estado brasileiro não está algemado a nenhuma religião e, por isso, não se pode admitir que princípios religiosos, por mais valiosos que possam ser para quem os professe, disciplinem o seu atuar. Cada brasileiro é inteiramente livre para adotar a religião que lhe aprouver, mas não poderá exigir que o Estado faça valer, a quem não tiver a mesma crença,

os fundamentos dessa fé religiosa. Estado e religião estão apartados por um muro que, segundo **Michael Walzer**, “favorece a igualdade entre os crentes e os não crentes, entre santos e libertinos, entre os redimidos e os condenados: todos são igualmente cidadãos e possuem o mesmo conjunto de direitos constitucionais”. Transpor o muro de separação significa mesclar dimensões que não têm um processo tranquilo de acomodação e correr o

risco da própria tirania na medida em que se objetiva impor aos não crentes os parâmetros de conduta religiosa dos crentes.

O que se dizer, então, quando a mulher gesta um feto anencéfalo? (...) A anencefalia anuncia, em resumo, morte antecipada, e nada é mais cruel do que a gestante carregar, em seu ventre, não um nascituro, mas, em verdade, um projeto embriológico falido.

O argumento de que nenhum ser humano está isento de sofrimento e, portanto, é dever da mulher grávida de anencéfalo manter a gravidez como uma forma de purificação da alma constitui uma incontestável postura cristã. É evidente que não cabe ao Estado a pretensão de extirpar da existência humana todas as formas de sofrimento, mas não é menos evidente que não lhe incumbe impô-las. Manter, nessa situação, a gravidez possui, em nível religioso, inquestionável validade. Impor tal sofrimento sobre gestantes que não têm fé, que não estão presas a dogmas religiosos ou cuja religião não se confunde com o cristianismo,

constitui uma agressão estatal insustentável.

Vale, ainda, pôr em destaque o papel que o juiz deve exercer, numa sociedade plural, em defesa dos princípios fundantes de um Estado Social e Democrático de Direito. Não lhe cabe colocar em plano prioritário, em lugar desses princípios, seu código particular de valores. A utilização desse código em detrimento dos interesses de pessoas concretas, de carne e osso, provoca danos dificilmente reparáveis. A tarefa judicante revela-se mais desastrosa ainda se pretender que a interrupção da gravidez ou a antecipação do parto seja punida penalmente só porque uma ou outra seria havida como imoral ou ofensiva a posicionamentos religiosos. No caso da anencefalia, a utilização do direito penal, como instrumento de reafirmação de valores morais ou religiosos, não leva a nada a não ser a imposição às mulheres de sacrifícios e sofrimentos desnecessários.

O julgamento da ADPF n. 54 será o momento ideal para que o Supremo Tribunal Federal reconheça à mulher sua dignidade como pessoa humana; estabeleça a nítida separação entre a Religião e o Estado; dê ao sofrimento a sua real dimensão; e convoque o juiz a julgar, não por seus padrões pessoais, mas sim por seu apego à Constituição da República

## EDITORIAL:

- **MORTE ANUNCIADA** .....1
- **ALGUNS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**  
Cezar Roberto Bitencourt.....2
- **OS RECURSOS NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**  
Antonio Scarance Fernandes.....4
- **O HABEAS CORPUS PEDE SOCORRO**  
Alberto Zacharias Toron.....5
- **O JÚRI GARANTISTA**  
José Henrique Rodrigues Torres.....7
- **ANISTIA E IRRETROATIVIDADE PENAL**  
Dimitri Dimoulis.....9
- **OS CRIMES AMBIENTAIS E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL**  
Helena Regina Lobo da Costa.....10
- **ATIVIDADES QUOTIDIANAS E LAVAGEM DE DINHEIRO**  
André Luís Callegari.....12
- **REFLEXÕES INICIAIS SOBRE O CONTROLE PENAL DOS DEVERES DE COMPLIANCE**  
Giovani A. Saavedra.....13
- **O ACESSO DO PRESO À JUSTIÇA**  
Marina Dias .....14
- **OS LIMITES DA VIDA**  
Debora Diniz.....16
- **CORAGEM PARA MUDAR**  
Thiago Bottino.....17
- **A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E A INTERNET – ALGUMAS REFLEXÕES**  
Guilherme Madeira Dezem.....18

## CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

### O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. EXCESSO DE PRAZO NA DURAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA.** .....1489

### EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal .....1490
- Superior Tribunal de Justiça .....1490
- Superior Tribunal Militar .....1491
- Tribunais Regionais Federais.....1492
- Tribunais Regionais Eleitorais .....1493
- Tribunais de Justiça .....1494

# ALGUNS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Cezar Roberto Bitencourt

## 1. Equívocada supressão da ação penal privada: violação do exercício da liberdade sexual e da privacidade da vítima

A Lei n. 12.015/09, que alterou a redação do art. 225 do Código Penal, determina que a ação penal, para os crimes constantes dos capítulos I e II do Título VI, passa a ser pública condicionada à representação. Contudo, paradoxalmente, o parágrafo único desse mesmo artigo determina que a ação penal é pública incondicionada se a vítima for menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável. Em outros termos, essa lei publicizou a ação penal nesses crimes.<sup>(1)</sup>

Não compartilhamos do entusiasmo<sup>(2)</sup> daqueles que veem na publicação da ação penal maior proteção às vítimas da violência sexual, pois, a nosso juízo, não passa de um grande e grave equívoco ideológico, além de representar uma violência não apenas à liberdade sexual, mas, fundamentalmente, ao seu exercício, que é tolhido pelo constrangimento estatal, que obriga a vítima a se submeter publicamente ao *strepitus fori*, à exploração midiática, aos fuxicos tradicionais, que casos como esses, invariavelmente, provocam. Atribuir, por outro lado, a titularidade da ação penal ao *Parquet* não é sinônimo de maior proteção à vítima ou ao bem jurídico tutelado; ao contrário, desrespeita o direito daquela que, nesses casos, tem o direito preponderante à proteção de sua intimidade e de sua privacidade, além de ignorar a tradição de nosso sistema jurídico, que, historicamente, nos crimes contra a liberdade sexual atribuía a titularidade da ação penal exclusivamente à vítima ou a seu representante legal. Por essas razões, certamente, a obrigatoriedade da ação penal pública (a partir da denúncia) afastará, ainda mais, as vítimas da busca pela justiça para não se submeterem à obrigatoriedade da ação penal.

Em sentido semelhante, sentença Luiz Flávio Gomes, *in verbis*: “A tendência publicista do Direito não pode chegar ao extremo de ignorar completamente os interesses privados da vítima, quando o delito atinge sua intimidade, que é um dos relevantes aspectos (que lhe sobra) da sua personalidade”. O direito à liberdade somente se concretiza se o Estado assegurar os meios legítimos e necessários para o seu exercício; não sendo assim, não passará de simples falácia demagógica.

Referida espécie de ação – de iniciativa privada – inspira-se em imperativos de foro íntimo e na colisão de interesses coletivos com interesses individuais, podendo o ofendido preferir afastá-los do *strepitus fori* para evitar a publicidade escandalosa que a divulgação processual provocaria. Por isso, nesses casos, o Estado permite a subordinação do interesse

público ao particular. “Nos crimes sexuais” – afirma Luiz Flávio Gomes – “não existem interesses relevantes apenas do Estado. Antes, e sobretudo, também marcantes são os interesses privados (o interesse de recato, de preservação da privacidade e da intimidade etc.)”.<sup>(3)</sup> Assegurar a iniciativa da vítima para a *persecutio criminis*, nos crimes sexuais, visa evitar novo e penoso sofrimento desta, que, pela inexpressiva ofensa, pela desproporcional gravidade entre a lesão e a sanção estatal correspondente ou pela *especialíssima natureza do crime* (que é o caso), lesando valores íntimos, prefere amargar a sua dor silenciosamente. Essa decisão é exclusiva da vítima, que a pode fazer livremente. Pretende-se, assim, evitar a divulgação e a repercussão social, os quais podem causar ao ofendido ou a seus familiares dano maior do que a impunidade, gerando a conhecida *vitimização secundária*, geralmente ignorada não só pelas autoridades repressoras, como também pelo próprio legislador.

A partir da nova política criminal, que prioriza o interesse estatal em prejuízo do interesse privado da vítima, iniciada a ação penal não mais poderá ser interrompido o seu fluxo, não haverá desistência, conciliação, renúncia, perdão, perempção etc. Nesse sentido, ainda que a vítima se arrependa, terá de suportar o *strepitus fori* até o final, ignorando-se a advertência de Paganella Boschi, para quem “se para a imposição da pena tivéssemos que destruir ainda mais uma vida, então o sistema jurídico seria uma iniquidade”.<sup>(4)</sup> Essa é a palavra adequada: a eliminação da ação penal de natureza privada representa para a vítima uma verdadeira iniquidade. Em síntese, por todas as razões expostas, temos dúvida sobre a constitucionalidade da eliminação da ação penal privada nos crimes contra a liberdade sexual, malferindo o art. 5º, *caput*, *in fine*, e inciso X, da CF.

## 2. Natureza da ação penal no crime de estupro qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte da vítima

No crime de estupro qualificado pelo resultado morte ou lesão grave da vítima a ação penal é, indiscutivelmente, pública incondicionada, segundo a norma especial contida no art. 101 do Código Penal. Demonstraremos, adiante, que esse dispositivo legal, ao contrário do que se tem entendido, não configura norma geral, pois sua razão de ser são exatamente as exceções quanto à natureza da ação penal pública incondicionada (regra geral). Quanto à hipótese de estupro com resultado morte da vítima, sem deixar representante legal, não houve alteração alguma, continua como sempre foi, ou seja, crime de ação pública incondicionada (e quando depender de iniciativa da vítima, nos

demaís crimes, aplicar-se-á o disposto no art. 100, § 4º). Logo, no particular, nada mudou, a despeito de discordarmos da alteração da ação penal privada para pública condicionada nos crimes contra a liberdade sexual, por desrespeitar exatamente o exercício dessa liberdade, além de violar a privacidade sexual da vítima, conforme demonstramos em outro tópico.

No entanto, para Luiz Flávio Gomes, em sentido contrário, “a ação penal no crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave, em síntese, é pública condicionada. Impossível aplicar o art. 101 do CP, por duas razões: 1ª) a norma do art. 225 do CP é especial (frente ao art. 101 que é geral); 2ª) a norma do art. 225 é posterior o que afasta a regra anterior”.<sup>(5)</sup> Estamos convencidos, *venia concessa*, que essa não é a melhor orientação, a despeito de representar o entendimento majoritário. Na nossa ótica, a previsão contida no art. 225 e seu parágrafo único constitui norma geral que complementa aquela, igualmente geral, segundo a qual todos os crimes são de ação pública incondicionada, salvo se houver previsão legal expressa em sentido contrário (art. 100 e § 1º). Pois essa previsão expressa, ao contrário do entendimento majoritário, também é norma geral que complementa a anterior. Ninguém discorda, por outro lado, que o crime de estupro com violência real constitui o conhecido crime complexo, que, aliás, recebeu atenção especial do legislador, o qual previu norma específica determinando a natureza da ação penal nos seguintes termos: “Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público” (art. 101).

Essa previsão legal, como estamos demonstrando, não só é especial, como também específica, uma vez que se destina a todos os crimes complexos distribuídos pelo Código Penal, independentemente do capítulo em que se encontrem. Na realidade, as previsões sobre a ação penal constantes deste art. 225 e seu parágrafo único fazem parte de uma *subespécie* daquela regra geral, segundo a qual a natureza da ação penal, quando não for incondicionada, deve vir expressa em lei. Nesse sentido, a previsão casuística sobre a iniciativa da ação penal constitui norma geral para esses crimes sexuais. Não teria sentido o afastamento do conteúdo do art. 101 por previsões sobre a natureza da ação penal, as quais, em razão do princípio da excepcionalidade, devem ser sempre expressas.

A previsão do art. 101 é, digamos, uma espécie de “contraveneno” às normas que excepcionam a natureza da ação penal, ou seja, essas normas que excepcionam a iniciativa da

*persecutio criminis* são a razão de ser da previsão constante do art. 101 do CP. Com efeito, se não houvesse tais previsões, seria desnecessária a definição contida no art. 101, pois, na ausência de menção expressa, a ação penal seria sempre *pública incondicionada* (art. 100 e § 1º). Em outras palavras, a previsão do art. 101 do Código Penal destina-se especificamente àquelas infrações penais cuja *persecutio criminis* depende da iniciativa do ofendido, na medida em que as outras não necessitam dessa previsão: são de ação pública incondicionada. Ademais, essa *interpretação sistemática* resolve a delicada questão sobre a natureza da ação penal do crime de estupro praticado com violência real (especialmente quando há morte da vítima), além de observar o *princípio da razoabilidade* assegurando a harmonia hermenêutica do ordenamento jurídico nacional. Ou se ousaria afirmar que, mesmo havendo morte da vítima de estupro, trata-se de ação penal pública condicionada à representação, apenas porque o novo texto legal determina que a ação penal no crime de estupro é pública condicionada? Logicamente, não. Afrontar-se-ia o *princípio da razoabilidade* e a harmonia de todo o sistema penal brasileiro.

Em outros termos, a natureza da ação penal do crime complexo segue a natureza da ação penal pública dos fatos que o compõem, e tanto a lesão corporal grave quanto o homicídio são crimes de *ação pública incondicionada*. Seria uma irracionalidade sustentar que, no crime de *matar alguém*, pelo simples fato de estar vinculado a outro crime (igualmente grave, no caso), a *persecutio criminis*

não poderia ser *pública incondicionada*. Interpretada como essa afrontaria o sistema penal, deixaria descoberto um dos bens jurídicos mais valiosos – a vida humana – certamente, o mais importante de todos (sua perda torna irrelevante os demais, no plano pragmático), além de violar o *princípio da razoabilidade*. Foi, a nosso juízo, interpretando sob essa ótica, que o Supremo Tribunal Federal se sentiu obrigado a editar a Súmula n. 608 para assegurar a valoração sistemática do nosso Código Penal de 1940, cuja parte especial continua em vigor. Aliás, a mesma crise interpretativa que levou à necessidade da edição da referida súmula apresenta-se agora, justificando-se que se mantenha vigente para assegurar a melhor interpretação sistemática de nosso diploma legal, conforme demonstramos em outro tópico.

## NOTAS

- (1) Aprofundamos este tema em nosso *Tratado de Direito Penal*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 134-144, v. 4
- (2) **BITENCOURT, Cezar Roberto.** *Tratado de Direito Penal*, vol. 4... p. 139.
- (3) **GOMES, Luiz Flávio.** *A ação penal é pública condicionada.* Disponível em <http://www.lfg.com.br>, acesso em 28 de setembro de 2009.
- (4) **BOSCHI, José Antonio Paganella.** *Ação Penal.* Rio de Janeiro, Aide, 1993, p. 119.
- (5) **GOMES, Luiz Flávio.** *A ação penal é pública condicionada.* Disponível em <http://www.lfg.com.br>, acesso em 28 de setembro de 2009.

**Cezar Roberto Bitencourt**

Doutor em Direito Penal.  
Advogado criminalista.

## PARTICIPE POR ACREDITAR

### 7ª EDIÇÃO DA REVISTA LIBERDADES! NO AR A PARTIR DE 15 DE SETEMBRO.

Você que já conhece o padrão de qualidade das publicações do INSTITUTO, não pode deixar de ler a revista *Liberdades*.

**ENTREVISTA:** Flávia Corrêa Meziara entrevista Debora Diniz

- ARTIGOS:** - A JUSTIÇA FOI FEITA? A LEGALIDADE DA MORTE DE BIN LADEN SOB O DIREITO INTERNACIONAL \* Kai Ambos e Josef Alkatout (\*traduzido por João Paulo Orsini Martinelli)
- O TRATADO DE LISBOA E A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL EUROPEU EMERGENTE  
Bruno Moura
  - APONTAMENTOS SOBRE O DILEMA DA CULPABILIDADE PENAL  
Paulo Cesar Busato
  - O "CASO ARAGUAIA" NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UM DEBATE SOBRE A LEI DE ANISTIA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE  
Ana Luisa Zago de Moraes

- RESENHAS:** - OS ESTABELECIDOS E OS OUTSIDERS: SOCIOLOGIA DAS RELAÇÕES DE PODER A PARTIR DE UMA PEQUENA COMUNIDADE  
Fernanda Carolina Araújo
- ORIGINALIDADE E PESSIMISMO: A RECEPÇÃO DA CRIMINOLOGIA POSITIVISTA NA OBRA DE NINA RODRIGUES  
Mario Davi Barbosa

- HISTÓRIA:** - CRIMINOLOGIA DA REAÇÃO SOCIAL E O DISCURSO DE PODER NO INFANTICÍDIO: O CASO DE ELDINAR SEVERO  
Fernanda Martins

\* Os exemplares anteriores permanecem disponíveis para consulta no Portal IBCCRIM.



(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

## OS RECURSOS NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Antonio Scarance Fernandes

As mudanças propostas no código projetado darão nova configuração aos recursos no processo penal brasileiro. Assim, não é mais previsto o recurso em sentido estrito, substituído pelo agravo. Desaparece a carta testemunhável. O protesto por novo júri já havia sido extirpado do ordenamento jurídico em 2008.

Garante-se ao acusado o duplo grau de jurisdição (art. 458) e a possibilidade de interpor o recurso pessoalmente, por petição ou por termo nos autos. O seu recurso devolve integralmente o conhecimento da matéria ao tribunal (art. 461, § 2º).

Muda-se a forma de interposição dos recursos, pois a petição de impugnação deve estar acompanhada das razões de fato e de direito (art. 462); não há mais dois momentos distintos: um para a interposição e outro para o arazoamento. Mantém-se a regra da fungibilidade (art. 463). Assegura-se sempre a resposta do defensor como condição de validade do recurso, ainda que a decisão seja anterior ao recebimento da denúncia (art. 467).

A decisão do recurso, no caso de concurso de agentes, quando o recurso não seja fundado em caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros (art. 470). Regulamenta-se a *reformatio in pejus*: a situação do acusado não poderá ser agravada em recurso da defesa (art. 471, *caput*). Torna-se legal a criação jurisprudencial da *reformatio in pejus* indireta, de modo que, declarada a nulidade da decisão recorrida, a atuação jurídica do acusado não poderá ser agravada no novo julgamento (art. 471, §3º). Em caso de recurso exclusivo da acusação, admite-se que o Tribunal possa decidir de maneira a favorecer o acusado (art. 471, § 2º).

É maior o número de hipóteses de cabimento do agravo (art. 473) do que o existente para a interposição do atual recurso em sentido estrito. Contudo, o projeto prevê, no art. 473, hipóteses não contempladas no código vigente. Assim, no inciso V, admite-se, de forma ampla, agravo de decisões sobre medidas cautelares, reais ou pessoais. É também viável agravo de decisões sobre suspensão condicional do processo (inciso VI), ilicitude de prova ou o seu desentranhamento (inciso VII), a homologação do acordo em procedimento sumário (inciso VIII), novidade na reforma projetada (arts. 283 e 284).

Outra novidade é a interposição do agravo, como sucede no processo civil, diretamente no Tribunal (art. 474), instruído com as peças necessárias à sua apreciação (art. 476 e incisos). Isso poderá gerar algumas dificuldades. Deverá ser admitida, em caso de agravo do próprio acusado, a interposição ao juiz da causa, incumbindo ao seu defensor dirigir, depois, uma petição ao tribunal, podendo protocolá-la, postá-la no correio ou transmiti-la por meio eletrônico (art. 479).

O agravo não terá em regra efeito suspensivo; somente o terá quando da decisão puder

resultar lesão irreparável ou de difícil reparação (art. 475, *caput*). Sempre terá efeito suspensivo quando interposto contra a decisão de pronúncia (art. 475, parágrafo único).

O relator, ao receber o agravo, poderá negar seguimento, atribuir efeito suspensivo, requisitar informações ao juiz da causa e mandar intimar o agravado para oferecer a resposta (art. 478 e parágrafos).

Será admitida apelação de toda decisão que extingue o processo com ou sem resolução do mérito (art. 480, *caput*). As decisões, antes impugnadas por apelação, porque consideradas definitivas ou com força de definitivas, serão, na maioria, atacáveis por agravo, principalmente com base no art. 473, V, que o admite amplamente em decisões sobre medidas cautelares, reais ou pessoais.

Com relação à apelação das decisões do Tribunal do Júri, mantém-se, em linhas gerais, o que já estava no Código de Processo Penal atual (art. 480, § 1º, incisos I a IV).

A apelação em favor do acusado terá efeito suspensivo, devendo o juiz decidir, fundamentadamente, sobre a necessidade de manutenção, se for o caso, de imposição de medidas cautelares, tudo sem prejuízo do conhecimento da apelação (art. 480, § 3º). Reafirma-se a ideia de que o réu não precisa se recolher para apelar.

Consagra-se a possibilidade de o Ministério Público apelar em favor do acusado (art. 481). Limita-se o recurso da vítima (art. 482). Somente será possível nas hipóteses de sentença absolutória, de impronúncia, de decisão que extinguir a punibilidade. O recurso será interposto nos prazos de 5 (cinco) dias, se a vítima tiver ingressado como assistente, e de 15 (quinze) dias, caso não se tenha habilitado, dirimindo-se assim controvérsia existente a respeito do assunto. Não é, contudo, de se aplaudir a restrição à possibilidade de a vítima apelar para agravar a pena, impedindo-se que possa suprir a inércia do Ministério Público e obter a reprimenda mais justa.

Expressamente, prevê-se que o Tribunal possa, no julgamento da apelação, proceder a novo interrogatório, inquirir testemunhas ou determinar outras diligências (art. 487). Condiciona-se, todavia, a providência a requerimento do apelante.

Importante regra é a do art. 488. Estipula que, durante a apelação, questões relativas ao preso serão decididas pelo juiz da execução.

É previsto agravo da decisão do juiz que não admita a apelação (art. 489, § 1º), o que supera a supressão da carta testemunhável.

São dois os embargos previstos: os infringentes (art. 492 a 496) e os de declaração (art. 497).

Somente caberão embargos infringentes em caso de julgamento de apelação com reforma de sentença de mérito e em prejuízo do réu (art. 492). Os prazos para interposição dos recursos extraordinário e especial ficam sobrestados até

que o recorrente seja intimado da decisão dos embargos infringentes, em relação, inclusive, à parte unânime do acórdão recorrido (art. 496).

Com relação aos embargos de declaração, mantém-se, em linhas gerais, o que existe, deixando-se claro que cabem nas hipóteses de obscuridade, contradição ou de omissão (art. 497, I e II). Admite-se expressamente a possibilidade de terem efeito modificativo da sentença (art. 497, § 1º) na medida do esclarecimento da obscuridade, na eliminação da contradição ou do suprimento da omissão. Nesses casos, deverá ser ouvida a parte contrária no prazo de 5 (cinco) dias. Os embargos interrompem o prazo para interposição de outro recurso (art. 498), diferentemente do que se encontra na Lei dos Juizados Especiais Criminais, em que os embargos apenas suspendem os prazos (art. 83, § 2º, da Lei 9.099/95).

As regras sobre recurso ordinário constitucional, recurso extraordinário e recurso especial foram trazidas para o âmbito do futuro Código de Processo Penal (arts. 499 a 503 e 504 a 514). Essa parte do novo diploma será, todavia, profundamente afetada se aceita a PEC dos Recursos, patrocinada pelo Ministro **Cezar Peluso**. Em sua versão original, transformaria os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias, fazendo com que as decisões dos tribunais de segundo grau tenham força de coisa julgada. Diante das justas resistências à proposta, advindas de estudiosos e de operadores do processo penal, surgem notícias de que, no Congresso, se fala em admitir o trânsito em julgado somente depois do recurso especial ou em se possibilitar os recursos para o STJ e STF sem efeitos suspensivos. A proposta, cuja intenção foi diminuir o número de recursos nos tribunais superiores, produzirá o efeito de impor o início do cumprimento da pena antes de haver definitiva decisão. Além de provavelmente ser, na área criminal, ineficaz em seu objetivo de redução dos recursos, a proposta representará redução indevida no âmbito de abrangência do princípio da presunção de inocência, consolidando situações ainda não inteiramente definidas, mesmo quando estejam apoiadas em decisões dos tribunais manifestamente ofensivas às posições dos órgãos superiores. Não surge, assim, a proposta como o caminho adequado para se buscar, entre nós, uma justiça criminal mais célere.

O relator pode, isoladamente, proferir decisões relevantes. Assim, pode negar seguimento a recurso intempestivo, manifestamente inadmissível ou prejudicado (art. 516). Poderá, ainda, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça e, no caso de haver súmula ou jurisprudência dominante desses Tribunais

Superiores, conhecer do recurso para negar provimento (art. 517). Tais decisões do relator comportarão agravo para o órgão competente para o julgamento do recurso (art. 520).

Com o objetivo de acelerar a tramitação dos recursos, não se prevê revisor para o julgamento de agravo ou de apelação, exceto nos casos de competência do tribunal de júri (art. 521).

Com relação à sustentação oral, em recurso

da defesa, poderá essa manifestar-se novamente após a fala do Ministério Público (art. 522).

Em suma, haverá sensível melhora no tratamento do tema com a diminuição do número de recursos, com a simplificação do trâmite procedimental, com a assimilação de orientações adotadas pelos tribunais. Crítica-se, contudo, a desnecessária restrição do poder recursal da vítima.

## O HABEAS CORPUS PEDE SOCORRO

Alberto Zacharias Toron

### 1. Vozes da perplexidade

Se a assim chamada “*PEC dos Recursos*”, de inspiração do Min. **Peluso**, for aprovada e o *habeas corpus*, como pretendem alguns juízes, estreitado, as ilegalidades contra o investigado/acusado serão dificilmente remediadas e tudo em detrimento da prudente advertência de **Fredrico Stella** de que, no mundo de hoje, há uma dupla dimensão da necessidade de segurança: contra as agressões externas e contra o próprio Estado.<sup>(1)</sup> De fato, muitos dos nossos juízes dos Tribunais Superiores gritam contra a garantia constitucional do *habeas corpus*, que, além de tutelar de forma imediata a liberdade de ir e vir, tem permitido, com inigualável eficácia, assegurar o devido processo legal e, por via mediata, a mesma liberdade e a própria dignidade do cidadão atingido por um processo viciado. Ilustra o descontentamento com a amplitude do *habeas* a declaração do presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, Des. **Nelson Calandra**, o qual sustenta que o instituto foi sendo banalizado ao longo dos anos. Nas suas palavras, “o *habeas corpus* foi engendrado como uma ferramenta constitucional para proteger o direito de ir e vir”. Entretanto, disse, passou a ser usado para várias outras situações, como transferência de presídio ou progressão da pena. “*Iso desvirtua a ferramenta constitucional e faz com que se multiplique o número de habeas corpus.*”<sup>(2)</sup> Em julgamentos, não é incomum a mesma grita. Eloquentemente, a propósito, o voto do Min. **Gilson Dipp** no HC n. 128.590, quando aproveitou o ensejo para praguejar o uso excessivo do *habeas corpus* “por uma irrefletida banalização e vulgarização”, além da “desmoralização” das instâncias ordinárias de processo e julgamento. O site oficial do STJ deu a notícia do julgamento e veiculou a advertência do ministro no sentido de que “a utilização indiscriminada do *habeas corpus*, em substituição a outros mecanismos processuais, pode levar à desmoralização do sistema ordinário”.<sup>(3)</sup> Agora, em nova notícia, o mesmo site, em manchete, anuncia: “STJ supera 200 mil *habeas corpus*”.<sup>(4)</sup>

Seria de se perguntar se a ideia de “desmoralização das instâncias ordinárias” estaria, por acaso, afinada com a mesma grita autoritária de alguns “superjuízes” das Varas Federais especializadas no combate à Lavagem de Dinheiro

contra as ordens de *habeas corpus* que o Supremo Tribunal Federal concedeu ora para determinar, por exemplo, que se desse vista dos autos de inquérito policial à defesa,<sup>(5)</sup> ora para declarar a ilegalidade de provas obtidas ao arrepio do devido processo legal?<sup>(6)</sup> É de se perguntar, por outro lado, o que há de desmoralizante para as instâncias de accertamento dos fatos quando, por exemplo, se concede *habeas corpus* para trancar uma ação penal carente de justa causa? O erro e a injustiça deveriam subsistir para preservar-se o “*bom nome*” dessas instâncias?

Depois, não custa lembrar que é princípio sedimentado na jurisprudência brasileira de que a recorribilidade da decisão ou a efetiva pendência de recurso contra eles não inibe a admissibilidade paralela do *habeas corpus*.<sup>(7)</sup> Daí a torrente de julgados no sentido de que “é cabível *habeas corpus* mesmo quando pendente julgamento de recurso de apelação que veicule a mesma questão”,<sup>(8)</sup> ou quando “evidenciado o constrangimento ilegal, cabe o writ, ainda que pendente apelação da sentença condenatória”.<sup>(9)</sup>

Ora, se cabe *habeas corpus* na pendência, por que não em substituição ao próprio recurso? Se o raciocínio vale para a apelação, valerá, com redobrada razão, para o *habeas* na concomitância com o recurso especial. Afinal, ambos têm o mesmo campo cognitivo: são infensos ao reexame da prova, mas não à correção da qualificação jurídica dada a fatos incontroversos.<sup>(10)</sup> Portanto, aquilo que no recurso especial vai ganhar o nome de *negativa de vigência* pela preterição de regra que deveria ser aplicada ao caso e não o foi ou, inversamente, pela aplicação de regra que não deveria ter incidência — no *habeas*, tal quadro se resumirá no constrangimento ilegal decorrente da falta de justa causa (CPP, art. 648, I) ou em razão de nulidade (inc. VI). Assim, estando o réu preso, nada obsta que se use o writ para, dentro dos seus limites constitucionais, ver-se sanado o constrangimento ilegal.

No campo da Justiça Penal, no qual a ideia de Justiça em sentido substantivo deveria imperar, o importante não deveria ser o instrumento utilizado para se veicular o pleito, mas a sua procedência ou não. Isso até em homenagem à tão decantada instrumentalidade das formas que, pesa dizer, é normalmente invocada para flexibilizar garantias de defesa.

### Antonio Scarance Fernandes

Professor Titular de Direito Processual Penal da Universidade de São Paulo - USP.

Procurador de Justiça aposentado.

Membro Fundador e Presidente do ASF - Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal. Fundador e Coordenador do Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas - ASF Cursos e Eventos.

Daí a atualidade e importância do inesquecível pronunciamento do Min. **Marco Aurélio** no magnífico voto vencedor no HC n. 86.864-SP (MC) sobre o *habeas corpus* e a postura do juiz quando vai julgá-lo:

“O *habeas corpus* é uma ação constitucional de envergadura maior, e o é porque inerente a um princípio constitucional explícito, implícito, e diria próprio ao direito natural, que é o princípio-base da vida: a liberdade.

Não sofre o *habeas corpus* qualquer peia. Contenta-se a ordem jurídica constitucional com o concurso de três elementos, envolvido aí o próprio Estado-Juiz: o primeiro, ter-se como configurada uma ilegalidade; o segundo, o cerceio ou a ameaça — contenta-se a ordem jurídica constitucional com a simples ameaça de cerceio à liberdade de ir e vir —; e o terceiro, para chegar-se ao objeto buscado pelo *habeas corpus*, a existência de um órgão a que se possa recorrer”.<sup>(11)</sup>

### 2. Atualidade e importância do habeas corpus

Ecoando as resistências ao *habeas*, o texto original do Projeto do novo Código de Processo Penal é extremamente restritivo em relação às possibilidades do seu uso. Embora elaborado em pleno regime democrático, se comparado com o que temos em vigor, cunhado em 1941, portanto, no Estado Novo, não é exagero dizer-se que se “deu à luz” a um instituto muito mais tacinho e restrito em matéria do direito de defesa. Mas a proposta legislativa, a despeito da retórica garantista dos membros da ilustre Comissão elaboradora, não resistiu às críticas e foi logo revista no próprio Senado. Daí a importância de realçar-se o valor do *habeas corpus* não apenas para o direito de defesa, mas para a justa e equilibrada contraposição do cidadão ao poder punitivo estatal. Não há *fair trail* se extirparem do homem comum os meios para se proteger contra os excessos dos agentes estatais incumbidos da repressão.

De fato, como destacou **Eros Grau** em momento de grande inspiração, “o Estado de direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Por isso usufruímos

a tranquilidade que advém da segurança de sabermos que se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. Tranquilidade que advém de sabermos que a Constituição do Brasil assegura ao nosso irmão, amigo ou parente próximo a garantia do habeas corpus, por conta da qual qualquer violência que os alcance, venha de onde vier, será coibida”.<sup>(12)</sup>

Na mesma linha, no HC n. 91514-1, adverteu o Min. **Gilmar Mendes** ao conceder a ordem no caso da Operação Navalha para revogar a prisão preventiva de um dos investigados, “a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole autoritária”. Em outra passagem, realça que a escorreita aplicação das garantias constitucionais “é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie”.<sup>(13)</sup>

A propósito, ainda na linha do que vem reiteradamente acentuando nossa Suprema Corte, é de lembrar-se o importante registro de **Louis Begley** sobre o atual uso do writ nos EUA para garantir o devido processo legal aos presos na Base Naval de Guantánamo.<sup>(14)</sup> No caso norte-americano, de extrema gravidade para um país que sempre se autoproclamou defensor dos direitos humanos e da democracia mundo afora, onde os prisioneiros de Guantánamo, como os escravos de outrora, tornaram-se “não-pessoas”, a Suprema Corte americana, no processo *Hamdan vs. Rumsfeld* (2006), rejeitou o argumento do Pentágono de que a jurisdição da Corte fora suplantada pela Lei de Tratamento de Detentos (*Detainee Treatment Act* — DTA, de 2005). Segundo tal lei, somente o Tribunal Regional do Distrito de Columbia ficava autorizado a fazer reexames de decisões dos Tribunais para Revisão da Condição de Combatentes, tendo a Suprema Corte interpretado “a cláusula de destituição de jurisdição como inaplicável a um processo de habeas corpus que, como o de *Hamdan*, tivera

início antes da aprovação da lei”.<sup>(15)</sup> **Begley** destaca que a Corte, em adendo, declarou que a comissão militar estabelecida pelo Presidente não tinha poderes para julgar *Hamdan* porque sua estrutura e seus procedimentos violavam tanto o Código Uniforme de Justiça Militar como as quatro Convenções de Genebra assinadas pelos EUA em 1949. Entre as falhas processuais apontadas pela Corte “estavam a impossibilidade de o acusado e seu advogado civil saberem quais evidências (leia-se, provas) estavam sendo apresentadas durante qualquer parte do processo, cujo acesso o oficial presidente decidiu lhes proibir...”.<sup>(16)</sup>

As palavras de **Louis Begley**, associadas ao que ocorreu no histórico caso do capitão *Dreyfus*, há mais de cem anos, na França, no qual também se permitiu o julgamento com provas secretas, dão a exata importância da garantia do *habeas corpus* e, igualmente, de zelar-se pela sua vigência em toda a sua plenitude. É que, justamente hoje, também entre nós, quando são feitos inúmeros acordos por conta das delações premiadas, a pretexto de proteger-se os delatores, impede-se que os advogados dos acusados/delatos tenham acesso ao conteúdo das declarações incriminatórias e às sentenças que as acolhem para extinguir a punibilidade do delator. Assim, na contraface, sela-se o destino dos acusados delatados sem, para usar um eufemismo, o pleno contraditório. Mas é por meio do *habeas corpus* que se pode questionar o brutal cerceamento do direito de defesa. Expressivo, a propósito, os dizeres de um acórdão pioneiro do Tribunal Regional Federal de São Paulo (3ª Região): “6. Se as declarações do réu delator servirão como prova, e terão influência no convencimento do Julgador, não há como negar o direito de acesso dos acusados, sob pena de frontal violação ao direito ao contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. 7. Entendimento contrário, ou seja, admitir-se a legalidade de sigilo dos depoimentos incriminadores corresponderia a dar foros de validade e possibilitar a condenação de alguém com base em ‘prova secreta’”.<sup>(17)</sup>

A prevalecer o tom dos inflamados protestos de alguns ministros contra o *habeas corpus*, talvez fosse o caso de repetir a cáustica tirada de **Arnaldo Malheiros Filho**: “*Socorro! Quero o AI-5 de volta, pois ele não chegou a tanto*”.<sup>(18)</sup>

## NOTAS

- (1) *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milão, ed. Giuffrè, 2002, p. 7.
- (2) *Revista eletrônica Conjur*, www.conjur.com.br, notícia veiculada em 1º.04.2011: Aumento do uso de HC divide opiniões.
- (3) **Gilson Dipp** critica utilização excessiva de *habeas corpus*, site do STJ, www.stj.jus.br, seção de notícias, dia 22.06, às 9h06.
- (4) www.stj.jus.br, notícia de 30.05.2011.
- (5) STF, 1ª T., HC n. 82354-SP, rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJ 24.09.2004.
- (6) STF, 1ª T., HC n. 81.294-SC, rel. Min. **Ellen Gracie**, DJ 1º.02.2002.
- (7) RHC n. 82.045, DJ 25.10.2002; HC n. 82.968/SP, rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJ 20.06.2003 e STJ HC n. 77.703/SP, rel. Min. **Laurita Vaz**, DJ 29.06.2007.
- (8) HC n. 77.858/AM, rel. Min. **Maurício Corrêa**, DJ 12.02.1999.
- (9) RTJ 125/157, rel. Min. **Carlos Madeira**.
- (10) **Rafael Mayer**, JSTF, Ed. LEX, 78/353; **Marco Aurélio**, RHC 83.548-1-RJ, DJ 26.03.2003; **Menezes Direito**, RHC 91.691, DJ 25.04.2008; e, entre muitos outros, **Ricardo Lewandowski**, HC n. 98.816, DJ 03.09.2010.
- (11) STF, Pleno, rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ 16.12.2005.
- (12) STF, Pleno, HC n. 95.009-SP, DJ 19.12.2008.
- (13) STF; 2ª T., j. em 11.03.2008, DJe 15.05.2008.
- (14) *O caso Dreyfus: Ilha do Diabo, Guantánamo e o pesadelo da história*, São Paulo, ed. Cia. das Letras, 2010, p. 46.
- (15) *O caso Dreyfus*, cit., p. 46.
- (16) *O caso Dreyfus*, cit., p. 47.
- (17) HC n. 2009.03.00.013589-7/SP, rel. Juiz Convocado **Márcio Mesquita**, DJ 03.09.2009. Sobre o tema, é imperiosa a leitura de A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal, de **Heloisa Estellita**, coimpetrante do writ citado, in: *Boletim do IBCCRIM*, ano 17, n. 202, set./2005, p. 2.
- (18) *Que saudades do AI-5!*, Folha de S. Paulo, 21.08.2007, p. A3.

**Alberto Zacharias Toron**

Advogado criminal. Mestre e Doutor em Direito pela USP.  
 Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM.

O HABEAS CORPUS PEDE SOCORRO

## 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 JÚRI GARANTISTA

José Henrique Rodrigues Torres

A incrível experiência da perplexidade de Mersault diante dos Jurados que o julgavam por homicídio, em *O Estrangeiro*, de **Camus**, merece ser lembrada quando se pretende refletir sobre a função garantista do Tribunal do Júri.<sup>(1)</sup> E também merece lembrança Crainquebille, o vendedor de verduras que, no conto de **Anatole France**, é condenado porque, submerso em espanto, durante o seu julgamento, o respeito por seus juízes e o temor que o subjugou diante das formalidades do poder fecharam a sua boca.<sup>(2)</sup>

Não devem ser muito diferentes a perplexidade e o espanto dos réus que, no Brasil, em sua grande maioria, provenientes das classes sociais subalternizadas e excluídas do sistema econômico, cultural e político, são submetidos ao Tribunal do Júri, com seu ritual simbólico, impregnado de mitos e formalidades, discursos técnicos, representações imaginárias da sociedade e fórmulas dogmáticas muita vez incompreensíveis para eles, distantes de sua realidade existencial e do contexto social periférico em que estão emaranhados.

Assim, é inexorável perguntar: o Tribunal do Júri dos nossos dias cumpre realmente a sua função de garantia, como proclama o art. 5º, XXXVIII da CF? É verdadeiramente possível para os jurados, mergulhados na atual realidade dogmática, estrutural e ritualística do Tribunal do Júri, cumprir o compromisso de “examinar com imparcialidade a causa e julgá-la de acordo com a sua consciência e com os ditames da justiça”?

Extinguir o Tribunal do Júri, seria algo impensável, pois se trata de uma garantia constitucional blindada pela couraça das cláusulas pétreas. A discussão a respeito de sua extinção é inócua e improdutiva. Quando foi extinto o Júri mexicano, uma frase ficou célebre: “*era un espectáculo, pero no hacía justicia*”.<sup>(3)</sup> Entretanto, o Tribunal do Júri, no regime democrático, pode, sim, deixar de ser um espetáculo e fazer justiça. É de ser repelida a crença de que fora dos padrões técnicos não se faz justiça. Antes de pensar em extinguir o Tribunal Popular, é preciso aperfeiçoá-lo para assegurar que, materialmente, possa ele cumprir a sua função garantista. E, para isso, é imprescindível que sejam adotadas, exemplificativamente, algumas providências concretas: a) efetivar a direta participação dos jurados na colheita dos depoimentos e no interrogatório, que, aliás, como agora determina a lei, deve ser realizado sob a égide do contraditório; b) permitir aos jurados mais oportunidades e maior liberdade para o exame das provas, bem como a possibilidade de debate entre eles antes do veredicto; c) promover a adequação dos discursos da acusação e da defesa para despi-los do tecnicismo jurídico incompreensível para os jurados leigos; d) redefinir a distribuição desigual e geopolítica dos espaços no plenário; e e) democratizar a composição do Tribunal do Júri, redefinindo-se, sem discriminação, os critérios de alistamento dos jurados, para que sejam trazidos à participação setores populares e

mais representativos da população, evitando-se a introjeção, no imaginário social, de um arbitrário padrão de normalidade acerca do que seja “*notória idoneidade*”,<sup>(4)</sup> para que não prevaleça o velho brocardo ditado pelas elites: “*matem-se entre vós, que nós os julgaremos entre nós*”.

Além disso, também é necessário que o campo probatório seja ampliado para que o julgamento não fique limitado à fragmentação fática reducionista da vida, determinada exclusivamente pela imputação, como ocorreu, por exemplo, na parábola de *O último julgamento*, de **Karel Capek**, quando Kugler, um homicida serial, foi condenado ao inferno, por toda a eternidade, por juízes que tinham apenas informações sobre os crimes, mas que, desconhecendo a vida daquele que julgavam, nada podiam compreender.

Como se vê, é imprescindível que seja realizada uma revisão da complexa e formal estrutura do Tribunal do Júri e de sua ritualística impregnada de símbolos e mitos. Contudo, será inútil qualquer tentativa de aperfeiçoamento do Júri, se, antes, os profissionais do direito, especialmente os juízes, não se libertarem dos antigos paradigmas dogmáticos e ideológicos e não assumirem uma postura compromissada com os princípios constitucionais de garantia. A dogmática que norteia o Tribunal do Júri sob a égide de valores impostos pela irracionalidade da ideologia das classes sociais preponderantes deve ser reexaminada à luz da democratização e dos princípios garantistas do moderno direito penal. E, para que isso seja possível, é indispensável que todos os dispositivos processuais relativos ao Tribunal do Júri sejam lidos, interpretados e aplicados sob o arnês da principiologia das garantias constitucionais, não mais de um modo liberal-individualista-normativista.<sup>(5)</sup> Como ensina **Ada Pellegrini Grinover**, citada por **Scarance Fernandes**, “*o importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais*”.<sup>(6)</sup>

Assim, para que o Tribunal do Júri seja garantista, é imprescindível que o juiz, ao presidir a instrução e a sessão de julgamento, seja garantista também:

(1) no juízo de delibação, cabe ao juiz (a) não admitir a denúncia se os fatos não estiverem descritos com exatidão, (b) repelir as imputações alternativas<sup>(7)</sup>, (c) corrigir a tipificação do fato, especialmente no que diz respeito às qualificadoras do homicídio, (d) verificar se a imputação tem ou não lastro nos elementos de convicção que embasam a acusação<sup>(8)</sup> e (e) fundamentar a sua decisão, como exige o disposto no art. 93, IX, da CF;

(2) deve aplicar a absolvição sumária preliminar, de acordo com o atual art. 397 do CPP, inclusive para os casos de extinção da punibilidade,<sup>(9)</sup> como nas hipóteses de prescrição, em homenagem ao princípio constitucional da “*presunção de inocência*” (CF, art. 5º, LVII; Pacto de San José da Costa Rica, art. 8º.2; e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 14.2);<sup>(10)</sup>

(3) de acordo com a nova redação do art.



## COORDENADORIAS REGIONAIS

### 1ª REGIÃO (AC, AM E RR)

Luis Carlos Valois

### 2ª REGIÃO (MA E PI)

Roberto Carvalho Veloso

### 3ª REGIÃO (RN E PB)

Oswaldo Trigueiro Filho

### 4ª REGIÃO (AL E SE)

Daniela Carvalho Almeida da Costa

### 5ª REGIÃO (ES E RJ)

Márcio Barandier

### 6ª REGIÃO (DF, GO E TO)

Pierpaolo Bottini

### 7ª REGIÃO (MT E RO)

Francisco Afonso Jawsnicker

### 8ª REGIÃO (RS E SC)

Rafael Braude Canterji

## COORDENADORIAS ESTADUAIS

### 1ª ESTADUAL (CE)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

### 2ª ESTADUAL (PE)

André Carneiro Leão

### 3ª ESTADUAL (BA)

Wellington César Lima e Silva

### 4ª ESTADUAL (MG)

Felipe Martins Pinto

### 5ª ESTADUAL (MS)

Marco Aurélio Borges de Paula

### 6ª ESTADUAL (SP)

João Daniel Rassi

### 7ª ESTADUAL (PR)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

### 8ª ESTADUAL (AP)

João Guilherme Lages Mendes

### 9ª ESTADUAL (PA)

Marcus Alan de Melo Gomes

## BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

## COORDENADORA-CHEFE:

Fernanda Regina Vilares

## COORDENADORES ADJUNTOS:

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

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

## PRODUÇÃO GRÁFICA:

Ameruso Artes Gráficas - (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

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

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

TRAGEM: 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	
boletim@ibccrim.org.br	

384 do CPP, o juiz não pode tomar qualquer providência para que ocorra a *mutatio libelli*, pois, de acordo com o princípio acusatório, cabe exclusivamente ao Ministério Público a iniciativa de requerer a ampliação do campo da imputação;

(4) não podem ser admitidas provas ilícitas, nem as derivadas delas (CPP, art. 157, *caput* e parágrafos);

(5) na pronúncia, deve o juiz (a) fundamentadamente, apontar os elementos probatórios que embasaram a sua convicção, (b) considerar apenas as provas produzidas sob o arnês do contraditório e da plenitude de defesa, (c) avaliar essas provas de acordo com o critério da suficiência, jamais sob a égide do *in dubio pro societate*<sup>(11)</sup>, (d) limitar-se a autorizar o prosseguimento da acusação, sem qualquer manifestação sobre o seu mérito, (e) afastar os eventuais excessos acusatórios, como as qualificadoras que não encontram fundamentação no conjunto probatório, e, (f) em face da extinção do libelo, definir, explicitamente, os limites da imputação que o réu deverá enfrentar em plenário (CPP, art. 476, *caput*);

(6) cabe ao juiz, também, observar, de acordo com o item 3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,<sup>(12)</sup> que o acusado tem o direito de “*estar presente no julgamento*”, o que exige a aplicação do art. 457 do CPP, sob a ótica garantista, como direito do acusado, o que impede a instalação da sessão se o acusado não foi intimado pessoalmente da pronúncia, ou seja, se o acusado não tomou conhecimento pessoal da acusação definida pela pronúncia, mesmo porque, na lógica sistêmica do processo penal, a primeira fase procedimental, nos termos do art. 366 do CPP, também não pode prosseguir se o réu tomou ciência da imputação de forma ficta, ou seja, por edital, salvo se constituir defensor;

(7) em plenário, deve o juiz presidente, observando a garantia prevista no art. 473, § 3º do CPP, bem como a Súmula Vinculante nº 11 do STF,<sup>(13)</sup> garantir ao réu o direito de ser julgado sem algemas, salvo nos casos excepcionais previstos no referido dispositivo legal, os quais devem ser explicitados e esclarecidos aos jurados, para preservar o acusado do estigma preconceituoso que macula o imaginário social;

(8) ao realizar o interrogatório, deve o juiz presidente alertar os jurados sobre o direito do acusado ao silêncio e, ainda, sobre a im-

possibilidade de ser usado o eventual silêncio do réu contra a sua defesa, repudiando, assim, o ditado popular inconcebível de que “*quem cala consente*”;<sup>(14)</sup>

(9) durante os debates, deve o juiz (a) garantir aos jurados a possibilidade de pedir esclarecimento aos oradores sobre o fato alegado, bem como, aos jurados e às partes, a indicação das peças processuais referidas<sup>(15)</sup>, (b) garantir os apartes, sempre visando ao esclarecimento dos jurados<sup>(16)</sup>, e (c) garantir à defesa a possibilidade de inovação de tese durante a tréplica e a exposição de todas e quaisquer teses defensivas, ainda que supraléguas ou conflitantes; e

(10) na elaboração do quesito da absolvição, deve o juiz redigi-lo sem fazer qualquer referência às teses absolutórias, permitindo, assim, aos jurados o julgamento de Antígona, sem acorrentá-los, qual Prometeu, aos rochedos da legalidade e de dispositivos técnicos e complexos (aliás, mesmo que não haja teses absolutórias, e ainda que a única tese absolutória seja a negativa de autoria, o quesito da absolvição deve ser submetido aos jurados, aos quais não pode ser subtraída nenhuma parcela do campo decisório).<sup>(17)</sup>

Enfim, o Tribunal do Júri não será uma efetiva garantia para os acusados, se o juiz presidente não for garantista e se, aos jurados, não forem garantidas todas as condições para conhecer e compreender o fato em toda a sua dimensão humana e social.

Em *Minha vida com a onda*, de **Octavio Paz**, o homem, que levava para casa a onda que por ele se encantara, colocou-a no reservatório do trem, tentou protegê-la e, acusado de ter salgado e envenenado a água do mar, atentando contra a vida dos passageiros, foi condenado, simplesmente porque ninguém acreditou nele e porque o sistema de julgamento, atado a rígidas fórmulas e à desconexão com a vida, não estava preparado para compreender a complexa dimensão humana nem para garantir os seus direitos.<sup>(18)</sup>

## NOTAS

- (1) **CAMUS, Albert.** *O estrangeiro*. Tradução de **Valerie Rumjanek**. 26. ed. RJ: Record, 2005, p. 87.
- (2) **FRANCE, Anatole.** *Crainquebille*. In: *100 Melhores Contos de Crime e Mistério*. Tradução de **Celina Portocarrero**. Org. **Flávio Moreira da Costa**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 172.
- (3) **STRECK, Lenio.** *Tribunal do Júri. Símbolos & Rituais*.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 170.

- (4) \_\_\_\_\_. Op. cit., p. 100.
- (5) \_\_\_\_\_. Op. cit., p. 61.
- (6) **SCARANCE, Antonio.** *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 2005, p. 16.
- (7) **MIRABETE, Julio Fabrini.** *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 123.
- (8) **FREDERICO MARQUES, José.** *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 162.
- (9) Lei 11.719/08. CPP, art. 397. “(...), o juiz deverá **ABSOLVER SUMARIAMENTE o acusado quando verificar: (...) IV- extinta a punibilidade do agente**”.
- (10) **PIOVESAN, Flávia.** *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 59.
- (11) **IN DUBIO PRO SOCIETATE.** “*Não me parece devido nem jurídico invocar, na pronúncia, o provérbio in dubio pro societate. Não se pode admitir nenhum julgamento com base na dúvida. Nenhum*” (**TORRES, José Henrique Rodrigues.** *Quesitação – A importância da narrativa do fato na imputação inicial, na pronúncia, no libelo e nos quesitos*. In: *Tribunal do Júri – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo, RT, 1999, p. 229). “*Num país cuja Constituição adota o princípio da presunção de inocência, torna-se heresia sem nome falar em in dubio pro societate*” (**TOURINHO FILHO, Fernando da Costa.** *Código de Processo Penal Comentado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 39). “*A expressão in dubio pro societate não exhibe o menor sentido técnico. Em tema de direito probatório, afirmar-se ‘na dúvida, em favor da sociedade’ consiste em absurdo lógico-jurídico*” (**PITOMBO, Sérgio de Moraes.** *Pronúncia e in dubio pro societate*, In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 4, n. 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003, p. 39).
- (12) O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Res. n. 2.200-A (XXI) da Ass. Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966, e ratificado pelo Brasil em 24.01.1992.
- (13) STF. Súmula Vinculante n. 11. “*Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado*”.
- (14) CPP, art. 186, parágrafo único.
- (15) CPP, art. 480.
- (16) APARTES. CPP, art. 497, XII.
- (17) Ver **TORRES, José Henrique Rodrigues.** *Quesitação – A importância da narrativa do fato na imputação inicial, na pronúncia, no libelo e nos quesitos*. In: *Tribunal do Júri – Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: RT, 1999.
- (18) **PAZ, Octavio.** *Contos latino-americanos eternos. Minha vida com a onda*. Tradução de **Alicia Ramal**. Rio de Janeiro: Editora Bom Texto, 2005, p. 109.

**José Henrique Rodrigues Torres**

Juiz de Direito – Titular da 1ª Vara do Júri de Campinas.

Professor de Direito Penal da PUC - Campinas.

Membro da Associação Juizes para a Democracia.

## PARTICIPE POR ACREDITAR

### OBRA VENCEDORA DO 15º CONCURSO IBCCRIM DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Mantendo sua tradição de incentivar a produção científica, o IBCCRIM declara que a monografia vencedora do 15º Concurso – Prêmio “Manoel Pedro Pimentel” foi “**Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas**”, de Bruno Shimizu. A Comissão Julgadora, em nome do IBCCRIM, parabeniza o autor da monografia e agradece aos demais participantes.

# ANISTIA E IRRETROATIVIDADE PENAL

Dimitri Dimoulis

Agentes oficiais e inoficiais do Estado brasileiro cometeram vários crimes durante a ditadura militar ao perseguir opositores. Essa criminalidade estatal foi recentemente comprovada e analisada em ampla pesquisa realizada por colaboradores do IBCCRIM.<sup>(1)</sup>

Pergunta-se: Esses agentes devem responder criminalmente? Ou vale (ainda) a lei de anistia de 1979? O Conselho Federal da OAB ajuizou em 2008 a Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153, questionando a validade e a interpretação dessa lei de anistia.<sup>(2)</sup> O STF indeferiu o pedido com base em minucioso voto do Ministro Eros Grau,<sup>(3)</sup> reconhecendo a irreversibilidade anistia.

Essa decisão levanta problemas fundamentais para o direito brasileiro no que diz respeito ao parâmetro normativo que permite julgar problemas de inconstitucionalidade. Até então, o STF considerava que a Constituição Federal de 1988 era um começo jurídico absoluto, enquanto manifestação do poder constituinte originário.<sup>(4)</sup>

A Ementa da decisão na ADPF 153 sugere uma resposta diferente.

*“A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988 (...). A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem”.*<sup>(5)</sup>

Ora, se a lei de anistia de 1979 possui hoje validade porque foi confirmada pela Emenda 26 de 1985, isto é, por um ato anterior à Constituição de 1988, então estaríamos em um regime de *continuidade constitucional*, sendo a atual Constituição Federal decorrência de atos normativos da ditadura.

A questão é de grande relevância teórica e prática. Vivemos sob um regime de uma Constituição rígida e formal, a de 1988, sendo juridicamente supremos os comandos normativos desse texto? Ou vigora um regime de Constituição histórica e material, criada de maneira paulatina na evolução histórica do país, desde a Independência ou mesmo desde o período colonial, sendo seus mandamentos imprecisos, mutáveis e de reduzida importância diante das “mutações” da Constituição histórica?

A decisão parece optar pela segunda resposta, em particular no voto do Ministro **Gilmar Mendes** que incluiu densas referências

teóricas à obra de **Carl Schmitt**. O voto adota uma visão flexível e “material” em relação ao passado, considerando que existe um poder constituinte originário difuso e intertemporal. E faz o mesmo em relação ao futuro, admitindo mutações informais do sentido da Constituição, conforme interpretação do Judiciário.

Em nossa opinião, a compreensão material e histórica da Constituição nos moldes schmittianos é desnecessária para resolver o problema da validade da lei de anistia de 1979. A teoria ortodoxa que entende o poder constituinte originário como formal, supremo e “de ruptura” com o anterior regime jurídico chega ao mesmo resultado, já que a Constituição de 1988 não contrariou a anistia de 1979, sendo essa última uma lei recepcionada pela Constituição. Além disso, a compreensão schmittiana é perigosa, dada a flexibilidade que concede ao poder político do momento, permitindo que a Constituição seja constantemente reescrita, conforme avaliações do momento.

O dispositivo da decisão do STF foi contrariado pela Corte Interamericana no caso dos desaparecidos da guerrilha do Araguaia. O pedido incluía a declaração judicial de que a lei de anistia de 1979 não impede a persecução penal de responsáveis por graves violações de direitos humanos. Além de condenar o governo brasileiro pela desaparecimento das referidas vítimas e impor uma série de obrigações para reparar violações de direitos humanos e permitir que os familiares tenham acesso a informações, a Corte Interamericana declarou inválida a lei de anistia de 1979.<sup>(6)</sup>

Não se sabe como o governo brasileiro irá atuar, uma vez que o cumprimento da decisão é de incumbência do Executivo. Mas certamente, a decisão da Corte Interamericana não pode afastar a decisão do STF em sede de ADPF. Conforme prevê o art. 10, § 3º, da Lei 9.882, tal decisão “*terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público*”. Desconsiderar a lei de anistia estaria em desconformidade com esse dispositivo legal e abriria espaço para que o STF, mediante Reclamação constitucional ou outro remédio, impusesse o fiel cumprimento de suas decisões.

Confirma-se aqui a necessidade de melhor conhecer as regras e os mecanismos do *direito processual constitucional*. É um ramo do direito de crescente relevância jurídico-política<sup>(7)</sup> que permanece ignorado por muitos doutrinadores e operadores do direito e que não certamente não foi levado em consideração por aqueles que criticam a decisão do STF sobre a anistia.

Os debates sobre a justiça de transição no Brasil cristalizam-se em quatro problemas jurídicos:<sup>(8)</sup>

- a conformidade da lei de anistia de 1979 com a Constituição Federal e com ratados

internacionais assinados pelo Brasil, sendo, em particular, questionável a auto-anistia dos agentes da ditadura;

- sua interpretação, havendo controvérsias sobre o enquadramento da violência estatal e paraestatal na categoria de crime político e/ou conexo;

- a possível imprescritibilidade dos denominados “crimes da ditadura” enquanto crimes contra a humanidade não passíveis de anistia;

- a irretroatividade das leis, regra constitucional que impede a revisão ou anulação de medidas de anistia.

Em nossa opinião, o posicionamento jurídico tradicional, adotado na decisão do STF é correto. Sabemos que a anistia não foi um ato unilateral e oportunista dos protagonistas da ditadura. Tampouco foi uma autoanistia. Constituiu o pressuposto político para a transição no atual regime constitucional. Do ponto de vista jurídico, o problema crucial é identificar as conseqüências da eventual anulação ou interpretação restritiva da lei de anistia.

Vejamos os termos que usou a Corte Interamericana ao declarar a invalidade da lei de 1979: *“As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.*

A consequência mais grave desse posicionamento é a violação do imperativo de *irretroatividade* das leis penais, elemento fundamental não só do direito vigente no Brasil, incluindo a Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 9), mas também da concepção do direito penal da modernidade, diretamente relacionada com a ideia de Estado Democrático de Direito.

Anote-se, por fim, que o direito brasileiro vigente em 1979 não incluía normas, de origem nacional ou internacional, que tipificassem crimes contra a humanidade e determinassem sua imprescritibilidade. Tampouco era vedada a anistia ou, pelo menos, de auto-anistia. Assim sendo, a decisão do STF não mostra desprezo pelo direito internacional. Muito menos constitui “suprema injustiça” como foi dito por alguns críticos.

Do ponto de vista da política criminal, o STF nega-se a seguir o caminho da vingança penal com vítimas aleatórias e com atraso de quase meio século. Aquilo que se pode criticar não é a sua decisão sobre a anistia, mas a falta de coerência na linha garantista que fez, por

exemplo, o Tribunal manter preso por mais de quatro anos (de março de 2007 a junho de 2011), o Sr. Cesare Battisti, acusado de crimes políticos que teria cometido há décadas, apesar de gozar no Brasil da presunção de inocência.

Já do ponto de vista jurídico, o STF ao confirmar a anistia simplesmente tutelou normas constitucionais brasileiras que em nada afetam o direito internacional vigente no período dos fatos e da lei de anistia. Confirmou que a irretroatividade não é um “princípio” passível de relativizações e ponderações do intérprete. Constitui uma regra constitucional que deve ser respeitada mesmo por quem não concorda com a sua aplicação em determinados casos.

## NOTAS

- (1) **SABADELL, Ana Lucia et al.** *Brasilien. Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.
- (2) <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=153&processo=153>.
- (3) ADPF 153, rel. Min. **Eros Grau**, julgada em 29.04.2010.
- (4) ADIN 997, rel. Min. **Moreira Alves**, julgada em 28.03.1996.
- (5) ADPF 153, rel. Min. **Eros Grau**, julgada em 29.04.2010.
- (6) Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, Sentença de 24.11.2010. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf).
- (7) Estudo sistemático com ampla bibliografia em **DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya.** *Curso de*

*processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.

- (8) **SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada** (orgs.). *Memória e verdade. A justiça de transição no Estado democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2009; **DIMOULIS, Dimitri; SWENSON, Lauro Jr.; MARTINS, Antonio** (orgs.). *Justiça de transição no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

## Dimitri Dimoulis

Mestre em direito público interno pela Universidade de Paris-I Sorbonne. Doutor em direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Professor da Direito-GV (São Paulo). Coeditor da revista de teoria política e econômica *Theséis*, publicada na Grécia. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

# OS CRIMES AMBIENTAIS E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL

Helena Regina Lobo da Costa

A necessidade de recorrer-se às normas e aos conceitos do direito administrativo e/ou civil para construir a conformação típica dos crimes ambientais descritos pela Lei n. 9.605/98 vem sendo reiteradamente apontada pela doutrina brasileira. Muitas previsões legais referem-se, expressamente, a elementos oriundos do direito administrativo. Outras fazem remissão a autorizações dos órgãos ambientais. Mas mesmo quanto àqueles tipos que não trazem em sua descrição típica elementos referentes à esfera administrativa, essa vinculação é inafastável. Não há sentido em se considerar crime uma conduta que, na esfera administrativa, é lícita.

Por tal razão, a eventual aprovação e promulgação do denominado “Novo Código Florestal” (Projeto de Lei n. 1.876-C, de 1999, aprovado na Câmara dos Deputados, agora em trâmite no Senado Federal como PLC n. 30, de 2011), trará relevantes alterações no que se refere à aplicação dos tipos trazidos pela Lei n. 9.605/98, especialmente aqueles relativos à proteção da flora. Para compreendê-las, é fundamental examinar, ainda que brevemente, as alterações que poderão ser introduzidas em nossa legislação por esse projeto, caso venha a ser aprovado.

No que se refere às áreas de preservação permanente, o projeto altera alguns limites e traz definições mais detalhadas sobre as regras aplicadas a determinadas atividades, tais como a implementação de reservatórios artificiais para geração de energia ou abastecimento público e o plantio de culturas de vazante, da qual se pode mencionar a cultura de arroz como exemplo.

A primeira grande alteração trazida pelo projeto aparece em seu art. 8º, que prevê a possibilidade de intervenção ou supressão de vegetação em áreas de preservação permanente, bem como a manutenção de atividades consolidadas até 22 de julho de 2008, nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social e de baixo impacto ambiental previstas em lei, bem como nas atividades agrossilvopastoris, de ecoturismo e turismo rural. Além disso, o Programa de

Regularização Ambiental poderá autorizar outras atividades passíveis de regularização e manutenção.

Trata-se de modificação relevante, tendo em vista que, atualmente, as intervenções em área de preservação permanente apenas podem ser feitas em caso de utilidade pública ou interesse social (com autorização do órgão ambiental) ou nas hipóteses de supressão eventual e de baixo impacto ambiental<sup>(1)</sup> (como, por exemplo, a abertura de corredor para obtenção de água). Portanto, com a aprovação do projeto, operar-se-á a legalização daquelas atividades consolidadas até 22 de julho de 2008 – data de publicação do Decreto n. 6.514, que alterou as disposições sobre as infrações e as sanções administrativas relativas ao meio ambiente, assim como alterou o processo administrativo federal para apuração de tais infrações. Além disso, atividades que, atualmente, não poderiam ser desenvolvidas amplamente em áreas de preservação permanente, passarão a ser permitidas, quais sejam, o ecoturismo, o turismo rural e as atividades agrossilvopastoris e até mesmo outras, desde que estabelecidas pelo Programa de Regularização Ambiental, atendidas as peculiaridades locais.<sup>(2)</sup>

Na área penal, essas mudanças, caso efetivamente ocorram, trarão alterações importantes na aplicação dos arts. 38,<sup>(3)</sup> 39<sup>(4)</sup> e 44,<sup>(5)</sup> todos passíveis de aplicação a condutas praticadas em áreas de preservação permanente. Tais tipos são normas penais em branco, pois trazem ao menos um elemento que precisa ser definido por outras normas, qual seja, o conceito de “*floresta de preservação permanente*”. Floresta não é conceito definido em lei, decreto ou portaria no ordenamento brasileiro. Entretanto, a jurisprudência penal vem exigindo, ao menos, a presença de algumas árvores – afastando, assim, a aplicação dos tipos a condutas praticadas em áreas cobertas por vegetação rasteira. Já floresta de preservação permanente consiste naquele agrupamento

de árvores localizado em área de preservação permanente. Não restam dúvidas, pois, de que, com a aprovação e publicação do Projeto e a consequente alteração do conceito de área de preservação permanente, atualmente encontrado nos arts. 2º e 3º do atual Código Florestal (Lei n. 4.771/65), mudará também o âmbito de aplicação desses tipos penais.

É importante, ainda, observar que as eventuais novas regras, de caráter benéfico, poderão ser aplicadas, na área penal, retroativamente. Isto porque também as normas penais em branco retroagem quando seu complemento houver sido alterado benéficamente, com exceção daquelas que apresentem natureza excepcional ou temporária – o que, claramente, não é o caso do projeto.<sup>(6)</sup> Assim, aqueles que estiverem sendo investigados ou processados criminalmente em razão de supostas práticas das condutas descritas em tais artigos, desde que se enquadrem nas supradescritas situações, que passarão a ser lícitas, poder-se-ão beneficiar da retroatividade benéfica da nova lei. Evidentemente, será necessário verificar como as novas regras serão aplicadas, se o decreto regulamentará essas atividades, quais os requisitos para o licenciamento das atividades etc. De todo modo, a atividade praticada em área de preservação permanente que passar a ser lícita do ponto de vista administrativo também o será, inclusive retroativamente, na área penal.

A nosso ver, também haverá importantes alterações na aplicação dos arts. 48<sup>(7)</sup> e 50<sup>(8)</sup> da Lei n. 9.605/98 quando relacionados a áreas de preservação permanente – alterações que, igualmente, poderão ser aplicadas retroativamente. Todavia, esse ponto mereceria análise mais pormenorizada, que não cumpre fazer aqui, pois há outra relevante mudança que merece ser comentada.

O projeto de lei prevê a criação de programas de regularização ambiental, a serem implantados pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, aos quais o proprietário ou possuidor poderá aderir, durante o prazo de

um ano. Durante esse período, assim como ao longo do prazo de cumprimento do Termo de Adesão e Compromisso, ficam suspensas as sanções administrativas decorrentes de “*infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular da vegetação em áreas de Reserva Legal, Áreas de Preservação Permanente e áreas de uso restrito*”. Com o cumprimento do programa, as multas serão consideradas convertidas em serviços de melhoria ambiental. Além disso, nos termos do art. 34, a assinatura do Termo de Adesão e Compromisso “*suspenderá a punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, enquanto este estiver sendo cumprido*”. A prescrição ficará, em tal período, suspensa, e a punibilidade restará extinta com o efetivo cumprimento das obrigações estabelecidas no programa de recuperação.

Nota-se que, pela redação do projeto, durante o período de um ano ao longo do qual o proprietário ou possuidor poderá aderir ao programa e firmar o termo, apenas a exigibilidade das sanções administrativas fica suspensa, não tendo havido o estabelecimento de regra referente a investigações ou processos penais – cuja suspensão apenas ocorreria a partir da assinatura do termo. Assim, é provável que haja uma corrida no sentido de assinatura de adesões ao programa por parte daqueles que estão sendo investigados ou processados criminalmente.<sup>(9)</sup> Além disso, é fundamental observar que, no dispositivo que trata dos crimes, o projeto não estabeleceu expressamente como data limite para a suspensão e posterior extinção da punibilidade o dia 22 de julho de 2008. Essa omissão merece ser sanada durante a tramitação no Senado, pois, do contrário, poderá ocorrer um imenso estímulo ao desmatamento.<sup>(10)</sup>

Merece destaque, também, o fato de o art. 34 do projeto somente se referir aos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei n. 9.605, não

tendo sido contemplados expressamente os arts. 44 e 50, que também podem ser aplicados a condutas ocorridas em áreas de preservação permanente. Por uma questão de isonomia, tais condutas deveriam ter sido, igualmente, contempladas, pois não são, *in abstracto*, mais graves do que aquelas previstas nos arts. 38, 39 e 48 (comparando-se as penas previstas pelo legislador, em uma análise objetiva), e, além disso, o projeto também relativiza regras de proteção relativas a tais áreas.

Em conclusão, pode-se dizer que, estritamente sob o ponto de vista penal, o projeto trará alterações relativas ao âmbito de aplicação dos crimes contra a flora, que terão âmbito de aplicação reduzido, já que as atividades permitidas em áreas de preservação permanente serão largamente ampliadas – tudo a depender da regulamentação e dos processos de licenciamento a serem estabelecidos a partir da eventual aprovação do projeto.

Quanto às previsões relativas ao programa de recuperação ambiental, cumpre notar que, com efeito, é muito mais relevante, para a preservação ambiental, a rápida recomposição, a reparação ou a realização de atividades benéficas ao meio ambiente do que a aplicação da sanção penal, devendo estimular-se soluções nesse sentido para algumas condutas. Todavia, questiona-se se a completa ausência de limites impostos pelo legislador no art. 34 não poderá gerar, também na seara penal-ambiental, as críticas que vêm sendo tecidas ao direito penal tributário no sentido de praticamente nivelar condutas de pouca relevância com aquelas que traduzem um altíssimo grau de reprovabilidade, permitindo a extinção da punibilidade indistintamente. Resta, agora, acompanhar as discussões no Senado Federal deste projeto tão importante, que alterará muitos aspectos não só no direito ambiental, mas também na seara dos crimes ambientais.

## NOTAS

- (1) Nos termos da Resolução CONAMA n. 369/06.
- (2) Essa previsão do projeto permitirá a regulamentação por meio de legislação local, adequado às características específicas do bioma correspondente.
- (3) “Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:  
Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.  
Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.”
- (4) “Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:  
Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”
- (5) “Art. 44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais:  
Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.”
- (6) Sobre o tema, vide, com indicações bibliográficas complementares: **DELMANTO, Celso et al.** *Código Penal Comentado*. 8. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90 e ss.
- (7) “Art. 48. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação:  
Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.”
- (8) “Art. 50. Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangue, objeto de especial preservação:  
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”
- (9) Sem prejuízo do entendimento já exposto no que se refere à retroatividade benéfica da lei.
- (10) O que, aliás, já vem sendo apontado pela imprensa. Vide: Agência Estado. *Reforma do Código Florestal já causa desmatamento*. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia/2011/05/05/reforma-do-codigo-florestal-ja-causa-desmatamento.jhtm>, acesso em 18.07.2011.

### Helena Regina Lobo da Costa

Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico da Fundação Getúlio Vargas.  
Advogada.

## PARTICIPE POR ACREDITAR

### 2º SEMESTRE DE 2011 ESPECIALIZAÇÃO EM CRIMINOLOGIA IBCCRIM E PUC/RS

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.

**INÍCIO DO CURSO:** 23 de setembro de 2011

**CARGA HORÁRIA:** 360 horas/aula

**LOCAL DAS AULAS:** Sede do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52 – 2º andar – centro – São Paulo / SP

**DIAS E HORÁRIOS:** Sextas-feiras das 18h às 22h e aos sábados das 8h30 às 12h30 e das 13h45 às 17h45

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

**INSCRIÇÕES ONLINE** até 05 de setembro de 2011 pelo site: [www.pucrs.br/educacaocontinuada](http://www.pucrs.br/educacaocontinuada)

## ATIVIDADES QUOTIDIANAS E LAVAGEM DE DINHEIRO

André Luís Callegari

O problema atual de imputação nos delitos de lavagem de dinheiro tem se relacionado às pessoas que desenvolvem trabalhos que, em tese, favorecem a atividade do lavador, porém que se distanciam dela em face da atividade exercida. Estas atividades normalmente são denominadas pela doutrina de quotidianas, condutas *standart* ou atos neutros, isto é, que são desenvolvidos dentro do marco normal da vida do sujeito e, por isto, não estão vinculados à atividade fim (ato criminoso).

A jurisprudência pátria não compreendeu ainda o significado das atividades neutras ou quotidianas, e o que se verifica é a aceitação de denúncias nos processos criminais de pessoas que desenvolvem sua atividade profissional sem qualquer vínculo com a atividade criminal do lavador de capitais.

É certo que tampouco há um acordo doutrinário sobre o tema, pois não há conclusões sedimentadas dentro da teoria do delito da localização destas atividades, isto é, não se desenvolveu, de maneira sistemática, a localização e a compreensão da exclusão destes atos realizados por profissionais que podem, de alguma maneira, “favorecer” o delito de lavagem de dinheiro.

As teses até agora desenvolvidas encontram-se dentro da tipicidade (adequação social) em uma visão clássica ou dentro da teoria da imputação objetiva (risco permitido ou proibição de regresso). Também já nos manifestamos que há uma restrição própria dentro dos conceitos dogmáticos do concurso de pessoas.<sup>(1)</sup> Todas estas teses podem ser utilizadas sem maiores dificuldades para a exclusão de favorecimentos de atividades que, em tese, desembocam na lavagem de capitais.

Embora doutrinariamente isto pareça de fácil compreensão, o que se tem verificado é uma posição contrária, ou seja, a admissão de acusações de pessoas que, de alguma forma, se vincularam com lavador de dinheiro, porém, dentro de suas atividades quotidianas de trabalho (atos neutros ou condutas *standart*). O mero conhecimento ou prestação de atividade laboral para o lavador de dinheiro tem servido como sustentação jurídica para a imputação criminal a título de participação daquele que realiza uma atividade neutra.

Como exemplo destes casos, há denúncias criminais no Brasil abrangendo a atividade de corretores de imóveis, agentes de bolsa de valores, vendedores de automóveis e, em alguns casos (decisões na Alemanha e na Espanha), incluindo a atividade de advogados como possíveis envolvidos nas atividades de lavagem de dinheiro. As decisões desconsideram as atividades neutras, ao menos em nossa jurisprudência, fato que não ocorre nas decisões do exterior, que já reconheceram a impossibilidade de vinculação de determinadas atividades

profissionais com o lavador de capitais.

Para limitar a responsabilidade criminal de profissionais que exercem suas atividades dentro de seu marco de trabalho, começaremos pela instituição da proibição de regresso, desenvolvida por **Jakobs**, como limite da participação criminal.<sup>(2)</sup> A proibição de regresso ocupa o primeiro nível da teoria da imputação objetiva, correspondendo-lhe a função de fixar qual comportamento se manteve dentro do rol (papel) e qual comportamento infringiu a norma.

Há uma frase de **Jakobs** que, já de que início, limita a responsabilidade criminal quando afirma que “*nem tudo é assunto de todos*”. Com esta afirmação, **Jakobs** pretende enquadrar, de forma sistemática, a teoria da participação na imputação objetiva, apresentando a teoria da participação como o reverso da participação punível.<sup>(3)</sup>

Assim, para **Jakobs**, a proibição de regresso refere-se àqueles casos em que um comportamento que favorece a prática de um delito por parte de outro sujeito não pertence, em seu significado objetivo, a esse delito, quer dizer, pode ser “distanciado” dele. Ocorre quando o sujeito que realiza a atividade que facilita o comportamento delitivo não tem de aceitar como algo comum o delito cometido,<sup>(4)</sup> ou, dito de outro modo, quem se comporta de um modo socialmente adequado não responde pelo giro nocivo que o outro dá a um acontecimento.<sup>(5)</sup>

Como o trabalho não se dedica exclusivamente a esta instituição dogmática, apenas deixaremos aqui pontuação que, dentro do marco da teoria da imputação objetiva, se pode trabalhar com a exclusão da responsabilidade criminal das atividades quotidianas de profissionais que desenvolvem as suas atividades, ainda que de certo modo possam “favorecer” uma atividade delitiva.<sup>(6)</sup>

A título de exemplo: o corretor de imóveis que participa de uma transação imobiliária não tem que se preocupar se o comprador registrará dita propriedade ou a utilizará em outro negócio. Não faz parte do seu papel este controle e, se o comprador tem como objeto mascarar valores obtidos de forma ilícita (lavagem de dinheiro), tal comportamento não pode abarcar o do corretor de imóveis. Não faz parte do papel do corretor o controle do que será feito com os bens adquiridos. Existe uma limitação da participação criminal.

De outro lado, também se pode trabalhar com as atividades neutras ou *standart* que ocorrem quando a conduta do agente se insere na realização daquelas atividades que, em princípio, são oferecidas a qualquer cliente que as solicite, denominando-se negócios ou condutas padrão.<sup>(7)</sup>

Assim, um comportamento cotidiano não é punível como participação, ainda quando supunha uma contribuição fática à

realização de um determinado delito quando se possa afirmar que dito comportamento fica plenamente coberto pelo rol social lícito em que se insere, é dizer, que supõe um simples ato neutro ínsito em dito rol.<sup>(8)</sup> Este papel está dentro das atividades profissionais desenvolvidas quotidianamente e não podem ser vistos como favorecimento à atividade criminal.

O analista penal não entrará sequer na valoração de que quem assim se comporta teve “conhecimento” de estar intervindo instrumentalizado em um ilícito alheio, ou se dito “conhecimento” não houve, mas deveria ter ocorrido – com uma mínima diligência – etc., porque, nestes casos, uma vez mais, não existe tipicidade objetiva por faltar o risco juridicamente desaprovado, de tal modo que não é necessário analisar uma pretendida tipicidade do comportamento.<sup>(9)</sup>

Também deve ser analisado que tipo de conexão há entre a atividade neutra e o lavador de capitais. De acordo com isto, a conexão da ação inicialmente neutra com a realização de um delito realizado por outro é requisito necessário, mas não é suficiente para afirmar a tipicidade da conduta. É pressuposto da tipicidade, mas não é elemento que decide a relevância penal da conduta. Somente a concorrência de especiais circunstâncias que permitam concluir a existência de forma clara e unívoca de uma *especial relação de sentido delitivo* entre a conduta inicialmente neutra e o delito pode modificar o caráter neutro da conduta e convertê-la em típica.<sup>(10)</sup>

De acordo com o exposto, não é qualquer “colaboração” de uma atividade profissional que “favoreça” a atividade de lavagem de dinheiro que pode ser justificada como típica. O dolo ou o mero conhecimento não são suficientes para determinar a relevância penal da conduta, mesmo quando os conhecimentos especiais do autor devam ser considerados para a determinação da tipicidade da concreta conduta analisada.<sup>(11)</sup>

Como afirmamos no início deste trabalho, dentro do marco da tipicidade objetiva é que se resolve o problema das atividades neutras ou quotidianas com relação ao delito de lavagem de dinheiro. A questão da neutralidade das condutas e sua relevância penal devem ser resolvidas no primeiro nível da teoria da imputação objetiva, ou seja, na imputação do comportamento.

Utilizando-se corretamente estes critérios da teoria da imputação objetiva, limita-se de forma correta determinados comportamentos que aparentam um caráter delitivo, porém, que se restringem às prestações quotidianas de atividades profissionais.

Não se pode alargar a tipicidade prevista na lei de lavagem e o mero conhecimento não justifica a tipicidade de atividades neutras. A

devida compreensão destes institutos facilita o recorte da participação criminal e a justa adequação das condutas ao caso concreto.

## NOTAS

- (1) CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004, p. 118 e ss.
- (2) JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2000, p. 72 e ss.
- (3) PEÑARADA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLES, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Um Novo Sistema do Direito Penal. Considerações sobre a teoria de Gunther Jakobs*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Manole, 2003, p. 90.
- (4) Idem, p. 91.
- (5) JAKOBS, Gunther. *Estudios de Derecho Penal*. Traducción de Enrique Peñarada Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá. Madrid:

- Civitas, 1997, p. 218.
- (6) Com mais detalhes, CARO JOHN, José Antonio. *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Lima: Grijley, 2003, p. 73 e ss.; JAKOBS, Gunther. *A Imputação Objetiva no Direito Penal*. 3. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2010, p. 55 e ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *Limites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?* Granada: Comares, 1999, p. 17 e ss.; CALLEGARI, André Luís. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 77 e ss.
- (7) CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004, p. 118 e ss. Com detalhes, RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Blanqueo de capitales y negocios standard*. *Revista Ibero-americana de Ciencias Penales*, Porto Alegre, ano 3, n. 7, p. 163-164, set./dez. 2002; LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana"*. Granada, Espanha: Comares Editorial,

- 2002, p. 219-220.
- (8) GÓMEZ-TRELLES, Javier Sánchez-Vera. *Lavado de activos: criterios de imputación por la actuación de profesionales (notários, empleados de actividades financieras, etc.)*. In: *El sistema penal normativista*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 547.
- (9) Idem, p. 548.
- (10) PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. Política criminal y blanqueo de capitales*. Marcial Pons: Madrid, 2009, p. 174.
- (11) Idem, p. 173.

### André Luís Callegari

Advogado criminalista. Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid. Coordenador e Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado da Unisinós.

## REFLEXÕES INICIAIS SOBRE O CONTROLE PENAL DOS DEVERES DE COMPLIANCE

Giovani A. Saavedra

O termo *Compliance* tem origem na língua inglesa e é uma derivação do verbo inglês *to comply*, que significa estar em conformidade, cumprir, executar, satisfazer, realizar algo imposto. No âmbito empresarial e, principalmente, das instituições financeiras o termo tem sido conceituado da seguinte forma: “*Compliance é o ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal*”.<sup>(1)</sup>

A partir desse conceito, pode-se apreender o primeiro problema que será abordado no presente artigo: a abrangência do fenômeno. Entendido dessa forma, o termo *Compliance* abarcaria quase todo o tipo de regulações, ou seja, os *Compliance Officers* teriam como obrigação avaliar constantemente os procedimentos da empresa com vistas a garantir que ela estivesse em conformidade com todas as exigências legais, nacionais ou internacionais, que, de forma direta ou indireta, tivessem influência ou fossem aplicáveis à sua atividade, sejam elas trabalhistas, previdenciárias, ambientais, penais etc. De fato, nos EUA e nos países da Europa ocidental, especialmente na Alemanha, os *Compliance Officers* têm essa função abrangente. Nesses países, não são apenas instituições financeiras que têm os chamados “*deveres de Compliance*”,<sup>(2)</sup> mas todas as empresas, sejam elas sociedades anônimas ou microempresas.<sup>(3)</sup>

Nesse sentido, os *Compliance Officers* funcionam, portanto, como um guardião da empresa que teria por principal função garantir que a empresa permanecesse dentro dos limites da legalidade. Porém, se esse é o significado do termo *Compliance*, surge um segundo problema: o caráter “*quase-tautológico*” do termo, dado que simplesmente afirmar que a empresa

tem de se adequar às leis é uma *trivialidade*. Afinal, não só as empresas, mas todos os cidadãos de um país devem respeitar as leis e agir dentro de seus limites. Portanto, se há alguma novidade no fenômeno do *Compliance*, ela não pode ser buscada nesse seu aspecto. Na verdade, parece que a originalidade do fenômeno somente pode ser captada se o procuramos analisar do ponto de vista do direito penal e da criminologia. Dado que se trata de assunto complexo e que não poderá ser esgotado, tendo em vista os limites do presente artigo, no que segue, concentraremos a análise apenas em apenas um de seus aspectos: a problemática dos deveres de *Compliance*.

No Brasil, os deveres de *Compliance* estão diretamente vinculados ao nosso sistema de prevenção do crime de Lavagem de Dinheiro e inserem-se no contexto de regulação do mercado financeiro. Estes deveres estão elencados, basicamente, nos arts. 10 e 11 da Lei 9.613/98. Eles poderiam ser resumidos e sistematizados nos seguintes quatro deveres: 1) identificar e cadastrar clientes (art. 10, inc. I); 2) registrar operações (art. 10, inc. II); 3) prestar informações requisitadas pelas autoridades financeiras (art. 10, inc. III); e, principalmente, 4) comunicar, *independentemente de provocação pelas autoridades* a prática de operações suspeitas de lavagem de dinheiro ou simplesmente valor elevado (art. 11).<sup>(4)</sup>

A primeira pergunta relevante para o criminalista que analisa os deveres de *Compliance* é: qual seria a consequência do descumprimento dos deveres de *Compliance*? Na prática das varas federais e na doutrina encontram-se três correntes. A primeira entende que se deve recorrer aos artigos da Lei 7.492/86 para coibir o descumprimento dos deveres de colaboração, especialmente, aos arts. 16 e

22 e, eventualmente, ao art. 4º. Contra essa posição, argumenta-se que as Leis 7.492/86 e 9.613/98 regulam fenômenos diferentes, sendo que só a segunda trata dos deveres de *Compliance*. Portanto, os deveres de *Compliance* não se destinariam à tutela do sistema financeiro, mas, somente, à identificação de movimentações financeiras que indicariam a possibilidade de se estar diante do crime de lavagem de capitais. Nesse caso, portanto, seria necessária a criação de um tipo específico.<sup>(5)</sup> Uma segunda corrente defende que a responsabilidade pela inobservância das obrigações de *Compliance* seria meramente administrativa, nos termos dos arts. 12 e 13 da Lei 9.613/98, sendo punível com sanções de advertência ou multa pelo órgão regulador da respectiva instituição ou, em sua ausência, pelo COAF.<sup>(6)</sup> Por fim, em outro artigo, também publicado no *Boletim do IBCCRIM*,<sup>(7)</sup> já se havia sinalizado para o risco de, em breve, o descumprimento dos deveres de *Compliance* serem associados à posição de garante. Um primeiro sinal nesse sentido foi dado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em novembro de 2010: “*(...) Desse modo, é forçoso reconhecer que as operações marginais de mero ingresso de valores no país por parte dos clientes das instituições financeiras são atípicas, remanescendo apenas a possibilidade de eventual prática de sonegação fiscal, que, como é cediço, pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário, o que não é o caso, ou ainda a punição dos gestores da instituição financeira clandestina pelo delito do artigo 16 e pelo crime de lavagem de dinheiro por violação dos deveres de compliance, quando perpetrado no âmbito da instituição financeira autorizada*”.<sup>(8)</sup> Em nosso entendimento, essa posição parece ter quatro problemas principais: 1) *Pena e Proporcionalidade*: ela parece violar o princípio da

proporcionalidade, à medida que, em princípio, atribui punição mais gravosa à instituição financeira autorizada (art. 1º da Lei 9.613/98, pena de 3 a 10 anos e multa) e menos gravosa aos gestores da instituição financeira clandestina (art. 16 da Lei 7.492/86, pena 1 a 4 anos); 2) *Problema processual*: essa orientação parece infringir direito fundamental do *nemo tenetur se detegere*, inserto no art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal de 1988, dado que não se pode, por um lado, obrigar as instituições financeiras a prestar informações financeiras e depois puni-las com base nessas provas por ela produzidas; 3) *Responsabilidade Penal Objetiva*: é necessário que se desenvolvam critérios materiais e não meramente formais para a aplicação da figura do garante, sob pena de se passar a adotar uma espécie de responsabilidade penal objetiva, totalmente rechaçada pela melhor doutrina. Tais critérios já são exigidos no caso do Direito Penal Nuclear, que trabalha com crimes de maior gravidade, e, portanto, com muito mais razão, deveriam ser aplicados no Direito Penal Secundário; por fim, 4) *Risco ou Perigo de lesão ao bem jurídico tutelado*: em função do princípio da ofensividade, deve-se, também aqui, identificar o risco e/ou perigo da omissão ou da violação de deveres de *Compliance* para o bem jurídico, dado que sem essa ofensa não haverá crime.

Como se pode ver, o debate está ainda no início e ainda há muito para ser compreendido. Nesse sentido, pretendeu-se, nos limites

do presente artigo, apresentar um aspecto da problemática para contribuir para o avanço da pesquisa dos aspectos criminais do *Compliance*. O que, porém, deveria ter restado claro é que a novidade do *Compliance* somente pode ser compreendida a partir do diálogo com o Direito Penal. Sem esse diálogo, corre-se o risco de se cair em paradoxo exposto alhures:<sup>(9)</sup> procurando-se proteger a empresa através da criação de *Compliance Officers*, acaba-se por aumentar o risco de sua responsabilização penal, dado que se eles não forem bem sucedidos nessa tarefa poderão responder como se tivessem praticado o crime.

#### NOTAS

- (1) **COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa A.** Manual de Compliance. Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.
- (2) Ver, a esse respeito: **BARBOSA, Daniel Marchionatti.** Ferramentas Velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance. In: HIROSE, Tadaaqui; BALTARAZAR JÚNIOR, José Paulo (Orgs.). *Curso Modular de Direito Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, v. 2, p. 489-510.
- (3) Para um panorama sobre a discussão sobre *Compliance* na Alemanha, ver: **ROTSCH, Thomas.** *Criminal Compliance*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. Ausgabe 10/2010, 5. Jahrgang, S. 614; **HAUSCHKA, Christoph E.** *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*. München: C.H. Beck, 2010; **GÖRLING, Herlmut; INDERST, Cornelia; BANNENBERG, Britta.** *Compliance. Aufbau – Managment – Risikobereiche*. München: C.H. Beck, 2010; **ROTSCH, Thomas.** *Recht*

- *Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erik Samson zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2010.
- (4) Existem outras normas e resoluções do COAF e Circulares do BACEN que regulamentam e detalham essas obrigações. Porém, em função dos limites do presente artigo e por entender que essas normas não agregam à discussão que aqui se pretende propor, a análise se limitará aos artigos citados.
  - (5) Essa é a crítica e a sugestão de **Daniel Marchionatti Barbosa** em: *Ferramentas Velhas, novos problemas: deficiências da utilização da lei dos crimes contra o sistema financeiro para coibir descumprimento de deveres de compliance*. In: **HIROSE, Tadaaqui; BALTARAZAR JÚNIOR, José Paulo** (Orgs.). *Curso Modular de Direito Penal*. Florianópolis: Conceito Editorial-EMAGIS, 2010, v. 2, p. 489-510.
  - (6) Essa é a posição, por exemplo, de **Carlos Fernando Lima** em: *O Sistema Nacional Antilavagem de Dinheiro: as obrigações de Compliance*. In: **CARLI, Carla Verissimo de.** *Lavagem de Dinheiro. Prevenção e Controle Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 84.
  - (7) **SAAVEDRA, Giovanni A.** *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011.
  - (8) Apelação Criminal n. 5008326-03.2010.404.7100/RS, relator **Paulo Afonso Brum Vaz**, data de publicação: 19.11.2010 (grifo nosso).
  - (9) **SAAVEDRA, Giovanni A.** *Reflexões iniciais sobre criminal compliance*. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan./2011.

#### Giovani A. Saavedra

Professor no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado). Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Ciências Criminais e da Comissão Científica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). (contato do autor: saavedra@srgadvogados.com)

## O ACESSO DO PRESO À JUSTIÇA

Marina Dias

O preso não tem acesso à justiça. A falta de acesso fica ainda mais evidente em razão da situação preocupante em que se encontra o sistema prisional no Brasil. O Estado tem implementado uma política de exclusão no sistema de justiça penal.<sup>(1)</sup> A população prisional brasileira é de 498.487 mil presos. Um estudo do International Centre for Prison Studies aponta o Brasil como o 4º país com maior população carcerária no mundo, perdendo apenas para EUA, China e Rússia.<sup>(2)</sup> Em percentuais, é o país que mais cresceu em termos de encarceramento. Em 20 anos, a população carcerária aumentou 450% no país, a dos Estados Unidos cresceu 77%, a da China, 31%, e a da Federação Russa, 17%, segundo dados apresentados pelo Professor **Luis Flavio Gomes**.<sup>(3)</sup>

É comum o argumento de que a situação prisional não é um problema do Poder Judiciário e sim do Executivo. Não é verdade. A responsabilidade recai sobre ambos. A lei de execuções penais prevê a visita mensal aos estabelecimentos penais do Juiz de Execuções, do Ministério Público e do Defensor Público. São poucos os que cumprem tal dever. Grande parte faz uma visita meramente protocolar, sem penetrar no interior

dos raios e, tampouco, entrevistar os presos. Outros nem aparecem. É possível afirmar com segurança que muitos Juizes Criminais sentenciam sem nunca ter pisado em um estabelecimento prisional, desconhecendo o destino para onde enviam os sentenciados.

Visitar cadeias não é tarefa fácil: é um ambiente hostil, triste, que cheira mal. Há carência de tratamentos de saúde preventivos e coletivos. Muitas prisões têm uma arquitetura que dificulta a ventilação e a entrada de luz nas celas, o que gera um ciclo vicioso de doenças, sem falar nos danos psicológicos. Cadeia no Brasil é depósito de gente. Os presos são lá abandonados e não possuem perspectivas de reinserção social. Aquele que, por um erro judiciário ou por um desatino lá se encontra, ingressa, também em uma malha criminoso mais profunda, seja pelo convívio, seja pelo tratamento desumano a que é submetido. O acesso à educação e ao trabalho é precário. E a assistência jurídica nos presídios é ainda muito insatisfatória e de qualidade questionável. Presos provisórios convivem com presos sentenciados. Há casos de unidades prisionais paulistanas em que a população supera 2.000, sendo que a capa-

cidade é, em média, de 700 presos.

O art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, da Constituição Federal (CF) garante ao preso o acesso à justiça e à assistência jurídica gratuita. O art. 134 da CF prevê a criação da Defensoria Pública, instituição essencial para defesa dos necessitados em todos os graus de jurisdição. O que seria necessário para que o preso tivesse de fato acesso à justiça? Basta ter um defensor constituído no processo? Ou, mais do que isso, é preciso o exercício pleno do direito de defesa?

**Mauro Capelleti**, ao definir a expressão “acesso à justiça” diz que “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.<sup>(4)</sup> Ensina **Kazuo Watanabe**: “A população tem direito à justiça prestada por juizes inseridos na realidade social, comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa, e não a justiça praticada por juizes sem qualquer aderência a vida”.<sup>(5)</sup> O Defensor Público **Fábio Luís Mariani de Souza** sintetiza muito bem o que seria o acesso à justiça penal: “Direito ao devido processo legal; direito a ser tratado como sujeito e não mero objeto de persecução penal; direito a ser tratado

como inocente; direito à informação acerca da acusação e sobre todos os atos e formas processuais; direito a não auto-incriminação; direito ao contraditório e à ampla-defesa; direito à Defensoria Pública devidamente estruturada; direito à assistência jurídica gratuita; direito de entrevistar-se reservadamente com seu advogado (público ou privado); direito ao duplo grau de jurisdição; direito à preservação da imagem; direito de igualdade formal e material (paridade de armas); direito de respeito à dignidade humana”.<sup>(6)</sup>

Assim, o pleno acesso à justiça pressupõe respeito aos direitos e garantias individuais e coletivos. Neste leque de direitos certamente tem destaque fundamental o acesso à ampla defesa e o princípio constitucional da paridade de armas. Só assim será possível uma prestação jurisdicional harmônica. Num país assolado pela desigualdade social, a democratização do acesso à justiça passa por uma Defensoria Pública fortalecida.

O Estado de São Paulo possui uma Defensoria Pública (DPESP) criada em 2006. Apesar de ter 35% de toda a população carcerária nacional,<sup>(7)</sup> o Estado conta apenas com 500 defensores públicos. Há 149 unidades prisionais<sup>(8)</sup> sem a presença de um defensor público sequer. Segundo o III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, São Paulo possui a terceira pior relação nacional de defensor público por potencial usuário, atrás de Maranhão e Alagoas. São 76 mil pessoas para cada profissional.<sup>(9)</sup>

Como bem salientado pela Professora **Maria Tereza Sadek**, no prefácio do livro *Uma fenda na justiça*, de **Luciana Zaffalon**: “O processo de fortalecimento da defensoria pública passa necessariamente pelo seu desempenho. Alguns entraves têm impedido uma atuação mais ampla e efetiva. Dentre eles, desponta o número insuficiente de defensores”.<sup>(10)</sup> **Zaffalon** apresenta os dados do III Diagnóstico da Defensoria Pública do Brasil que evidenciam a diferença estrutural entre Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, sob a perspectiva de diferenças orçamentárias e de pessoal. Do orçamento executado em 2008, temos que, à DPESP, restaram apenas 6,86% do orçamento do Sistema de Justiça, enquanto que, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, 19,38% e 73,75%, respectivamente. E para ilustrar este grande descompasso, São Paulo conta com 500 defensores, a Magistratura possui 2.000 juízes e o Ministério Público tem 1.800 membros.

Como se não bastasse o baixo orçamento que inviabiliza a estruturação e o fortalecimento da DPESP, há ainda o fato de que 80% de seu orçamento são destinados à manutenção do Convênio mantido com a Ordem dos Advogados (OAB/SP).<sup>(11-12)</sup> São cerca de 47 mil advogados dativos inscritos por todo o Estado. A questão central está na qualidade da prestação jurisdicional, uma vez que não se

garante ao assistido o direito a uma boa defesa técnica. Mesmo problema ocorre no histórico Convênio firmado com a Funap para atuação nos presídios. Aliás, o próprio apelido dado ao profissional, “advogado da casa”, revela a existência de um vínculo que é, muitas vezes, maior com o Sistema Prisional do que com o assistido. Embora ambos os Convênios sejam custeados por dinheiro público, não há qualquer tipo de controle da atuação dos defensores, tanto por parte da OAB/SP e da Funap quanto pela DPESP.

Registre-se que a celebração de Convênios para assistência jurídica com ONGs, Universidades e outras Instituições é bastante salutar, uma vez que aproxima a sociedade civil, trazendo contribuições e desafios para a DPESP. É fundamental que estes Convênios sejam bem administrados e constantemente repensados. O Convênio do Pronasci, financiado pelo Ministério da Justiça, parece ser um bom exemplo disso. A sua atuação é ainda restrita a algumas unidades.

Outro problema grave: a falta de informação sobre processos gera grande instabilidade e ansiedade nas prisões. E a ausência de comunicação entre réu e defensor é mais um obstáculo ao acesso à justiça.

Alteração recente do Código de Processo Penal<sup>(13)</sup> levou o interrogatório para o final do processo e estabeleceu a apresentação da resposta à acusação e do rol de testemunhas para logo após o recebimento da denúncia. Isto acarretou benefícios para a defesa, uma vez que estabeleceu a hipótese da absolvição sumária e deu ao réu a palavra no final, após a instrução probatória. No entanto, na prática, a alteração trouxe entraves que merecem destaque. O réu preso não tem a oportunidade de conversar com o defensor público antes do oferecimento da resposta à acusação, tampouco consegue indicar suas testemunhas. Saliente-se que o fato de o interrogatório acontecer apenas no final da instrução tirou a possibilidade de o Juiz, ainda no início do processo, revogar a prisão preventiva após ouvir a versão dos fatos apresentada pelo réu. Embora o novo rito estabeleça a realização de audiência una, isso normalmente não ocorre.

Resta claro que a presença de defensores públicos nas prisões deve ser prioridade. Enquanto isso não ocorre, é preciso buscar soluções. Há algumas comarcas e, isoladamente, alguns Juízes que têm requisitado o preso para ser citado no fórum, momento em que se propicia o contato com o defensor. Outra possibilidade é a instalação de telefones públicos com acesso direto a um plantão da Defensoria Pública.

É necessário viabilizar ao réu preso o exercício da autodefesa. Iniciativa encampada pelo Judiciário do Distrito Federal pode trazer resultados importantes nessa área. Trata-se da instalação de “totens”<sup>(14)</sup> dentro das prisões, nos quais é possível o preso acessar informa-

ções acerca de seu processo de execução, com a possibilidade de impressão do andamento.<sup>(15)</sup> Os benefícios são a diminuição da ansiedade, a celeridade na conversa com a Defensoria Pública e a possibilidade de o réu pleitear seus direitos de posse das informações processuais, dando mais eficiência ao sistema.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao realizar mutirões carcerários por todo o país, tem desempenhado o papel crucial de jogar luz no sistema prisional.<sup>(16)</sup> Evidenciou a situação caótica das varas de execuções e chamou atenção para o abuso do uso da prisão provisória (44% da população prisional é de presos provisórios), ao revelar casos representativos de decretação ilegal em todo o país. O Supremo Tribunal Federal (STF), sempre que demandado, tem exercido seu papel de guardião da CF, no entanto, o acesso do preso à Corte Constitucional ainda não é representativo.

Há muito a avançar no sentido de propiciar um pleno acesso do preso à justiça. Esse caminho não será possível sem uma defesa técnica e combativa. Para a realização da justiça é fundamental o equilíbrio entre o Julgador, a Acusação e a Defesa. Todos ganham com isso: os cidadãos presos e os cidadãos livres.

## NOTAS

- (1) [http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110710/not\\_imp743005.0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20110710/not_imp743005.0.php). <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1107201115.htm>.
- (2) <http://www.prisonstudies.org/publications/list/40-world-prison-population-list-8th-edition.htm>.
- (3) <http://www.ipclfg.com.br/campanha-sobre-a-violencia-penitenciaria/populacao-prisional-brasil-vai-passar-os-eua-em-2034/#more-702>.
- (4) **CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant.** *Acesso à Justiça*. Tradução de **Ellen Gracie Northfleet**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editora, 1988, p. 8.
- (5) **WATANABE, Kazuo.** *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna in Participação e Processo*. Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 134.
- (6) **SOUZA, Fabio Luis de Mariani.** *A Defensoria Pública e o acesso à Justiça Penal*. Editora Nuria Fabris.
- (7) Infopen.
- (8) Secretaria de Assuntos Penitenciários.
- (9) Este dado sofreu redução em razão do número de defensores públicos, que, quando da realização de pesquisa, era de 433.
- (10) **CARDOSO, Luciana Zaffalon.** *Uma Fenda na Justiça – A Defensoria Pública e a Construção de Inovações Democráticas*. Edit. Hicitec, 2010, p. 23.
- (11) *Idem*, p. 62-63.
- (12) A obrigatoriedade de que a DPSP firme convênio com a OAB/SP para a prestação de assistência jurídica aos necessitados está previsto na Constituição Estadual. Há constitucionalidade de tal previsão está sendo discutida na ADIN 4163 em trâmite perante o STF.
- (13) Lei 11.719/08
- (14) Terminais de informação.
- (15) <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/totens-processuais-consulta-processual-dentro-dos-presidios-pelo-proprio>.
- (16) <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/detentos-e-ex-detentos/pj-mutirao-carcerario/relatorios>.

**Marina Dias**

Advogada criminalista. Presidente do Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Conselheira do Conselho da Comunidade da Comarca de São Paulo.

## OS LIMITES DA VIDA

Debora Diniz

“*Limites da vida*” é um daqueles títulos que nos enganam. Parece autoevidente que nascemos e morremos. Há diversas questões éticas e jurídicas provocadas por esses dois marcos da existência – uma delas é o direito ao aborto, outra é o direito de morrer. Mas se ilude quem pensa que é tão simples enunciar “limites da vida” para daí já enfrentar as perguntas sobre quais direitos protegeriam nossas escolhas ou quais argumentos justificariam as proibições do Estado. Há uma falsa presunção de ponto de partida: o que classificaremos como vida? Que expressões biológicas do humano serão protegidas pelo princípio do direito à vida?

A resposta não é trivial. Há vida celular em fios de cabelo, há material biológico em um espermatozoide, há DNA em um cadáver. Os fios de cabelo podem ser comercializados, diferentemente do que ocorre com o esperma ou o corpo morto. Em qualquer uma dessas formas de vida podemos fazer testes para identificação pericial ou para fins de pesquisa. Um cadáver pode ser uma peça pedagógica para jovens estudantes de medicina. Pesquisas que combinem material reprodutivo humano com o de outras espécies não são permitidas: a fronteira entre os animais humanos e os não humanos para a criação de novas formas de vida não deve ser ultrapassada.

A lista de autorizações e proibições poderia ampliar-se. Não faço aqui um exercício de retórica moral, mas uma provocação sobre nosso silencioso ponto de partida: falsamente assumimos que *vida* é um dado de realidade, uma expressão neutra da biologia humana. Acreditamos: não há neutralidade em nenhuma narrativa sobre a natureza. Deve-se duvidar do próprio conceito de natural para o debate ético e jurídico sobre os limites da vida. Como qualquer outra construção discursiva, natureza, biologia e vida são conceitos repletos de significados. Seus sentidos denunciam a intencionalidade de quem prescreve as regras de comportamento sobre as formas de se viver a vida.

Natureza é um dispositivo que ora descreve os limites da criação humana, ora descreve as esferas da moralidade que deveriam ser regidas por regras invioláveis. É nessa fronteira nebulosa entre acaso e controle que temas como as tecnologias reprodutivas, a clonagem, o aborto ou a eutanásia são discutidos. Os contrários às novas formas de família e parentalidade, por exemplo, sustentam que as uniões não heterossexuais são uma ameaça à natureza da reprodução biológica, como se reprodução, conjugalidade e filiação fossem sinônimos. Acreditamos que a reprodução biológica seria um destino para os corpos sexuados: homens e mulheres seriam heterossexuais como regra de funcionamento da espécie. Ignoram, no entanto, a carga moral dessa narrativa sobre o corpo e a sexualidade.

Assim como as pessoas escolhem com quem dividirão seus afetos, elas querem decidir com quem, quando e como querem ter filhos. Mulheres inférteis reclamam o direito de acesso às clínicas de reprodução assistida para ter filhos

biologicamente vinculados. Homens gays defendem o direito à gestação de substituição. Homens e mulheres buscam a proteção do Estado para planejar a reprodução. Todos são temas que provocam esse campo indefinido dos “limites da vida”: a vida dos embriões congelados nas clínicas ou de óvulos e espermatozoides destruídos por métodos anticonceptivos nos desperta diferentes sentimentos sobre o conceito de vida. Mas esses sentimentos morais são diferentes daquele suscitado pelo aborto.

### Temor do antinatural e aborto – crime

O aborto é um crime. Mas, antes de ser um crime para a lei penal, é uma grave ofensa à moral. Não há uma moral única que rege nossa vida coletiva, mas algumas narrativas são legitimadas ao ponto de confundirem-se com a força reguladora do Estado. Uma mulher que aborta é castigada – em um momento da história, concedeu-se autoridade ao Estado para tanto. Para essa regra que se mantém por mais de setenta anos, uma mulher que aborta deve ser presa. Uma explicação para a dureza da lei penal é entender o ato como uma violência contra a natureza e à vida. A mulher que aborta seria uma assassina, tese moral sustentada por aqueles que comparam as células de um embrião às de uma pessoa adulta.

É sob o temor do antinatural que se criminaliza o aborto. Somente em situações-limite, qualificáveis como atos de tortura do Estado contra as mulheres caso não fossem exceções à lei penal, é que as mulheres podem abortar – não se prende uma mulher quando o aborto for resultado de um estupro ou quando ela estiver em risco de morte. Um estupro é um ato de violação à dignidade, à integridade e à segurança de uma mulher. Mas não é uma mulher abstrata que sofre o estupro. São meninas e adolescentes as principais vítimas do abuso sexual intrafamiliar, um crime perverso de opressão de gênero.

Uma mulher que aborta é uma criminosa para nosso ordenamento jurídico, mesmo que seja uma vítima de violência sexual ou que esteja entre a vida e a morte. Ela é entendida como uma criminosa, aliviada do castigo. Essa é uma dualidade insuportável para a moral que prefere ignorar a mulher que sofre, subsumindo-a à vida em desenvolvimento em seu útero. O feto não é uma pessoa, mas um ser humano em potencial. Suas células reproduzem-se, mas necessitam do corpo da mulher para desenvolver-se. Em uma metonímia das mulheres por seus úteros, a lei penal ignora a dignidade das mulheres, reduzindo-as à pulsão reprodutiva.

Uma menina vítima de violência sexual será tratada em regime de exceção pela lei penal e por isso não será presa. Antes, terá que contar sua história de sofrimento a diferentes instituições policiais, médicas e jurídicas, que avaliarão a honestidade de suas palavras. A lei penal não exige atestados de verdade para a história de violência. Na lei, acreditamos na mulher. Na

política pública, reafirmamos que as mulheres devem ser protegidas em sua intimidade, pois basta “sua narrativa sobre o estupro”. Mas não é assim que o regime de controle opera em torno das mulheres: elas contam a história diversas vezes, para diferentes agentes do Estado, e temem aqueles que se objetarão a cuidar delas.

Ser descrita como assassina não é um ato sem consequências profundas para uma mulher. Tenho dúvidas se ela é castigada pelo crime tal como tipificado na lei penal (capítulo de crimes contra a vida) ou se é penalizada por ter desafiado a moral que insiste em reduzi-la ao útero. É nesse rompimento de símbolos que o espectro da antinatureza do aborto ganha sentido: uma mulher que aborta desafia a expectativa de que a reprodução é um destino. Ela reafirma o potencial criativo da existência humana provocando um dos símbolos que essencializam as mulheres – a maternidade. Ao abortar, ela dá novos sentidos à existência e aos múltiplos significados de vida.

### Entre o temor e o ato – muitas mulheres

Sim, as mulheres abortam. Acredito que elas temem a lei penal, mas sem dúvida a ignoram. Há duas hipóteses para esse movimento entre temor do castigo e determinação para o ato. Nem todas as mulheres sabem que o aborto é um crime. Elas sabem que é um ato moralmente condenável, porém imperativo às suas escolhas íntimas de vida em um determinado momento da existência. Outra explicação é que, mesmo cientes do risco de prisão, consideram que a maternidade não pode ser um dever, mas uma escolha individual. Arriscam o próprio corpo e a liberdade para desafiar o Estado, que as condena ao estigma de assassinas.

Uma em cada cinco mulheres aos 40 anos já realizou ao menos um aborto. Elas são mulheres comuns: têm filhos, acreditam em deuses, têm companheiro, trabalham ou estudam. Elas não trazem impresso em seus corpos o estigma da antinatureza de mulheres que negariam o feminino pela escolha da maternidade voluntária. São cinco milhões e trezentas mil mulheres entre 18 e 39 anos. Todas nós conhecemos uma mulher que já realizou um aborto. O mais inquietante é vê-la ao nosso lado com um segredo permanente. Há quem chame esse segredo de culpa, mas essa é outra redescrção moral repleta de significados.

Essas mulheres conhecem o sentido da maternidade. Muitas já são mães quando realizam o primeiro aborto. Talvez seja exatamente a experiência da maternidade o que as fortaleça para desafiar a lei. Fico imaginando como elas devem se sentir diante do Estado, que as atemoriza por uma escolha tão íntima quanto a determinação de um projeto reprodutivo. A criminalização do aborto obriga as mulheres à experiência da gestação, o que, para algumas, é uma forma involuntária de vivenciar a maternidade como uma condenação. Poucas mulheres oferecem seus filhos recém-nascidos para adoção. Essa

resignação ao cuidado dos filhos não deve ser descrita simplesmente como uma escolha, mas principalmente como um sinal da docilização dos corpos das mulheres à ordem patriarcal.

Assim como não há consenso sobre o que significa vida, não há um sentido único e definitivo para as diferentes etapas do desenvolvimento celular que se inicia em um óvulo fecundado e terminará com a morte de um idoso. Para a embriologia, um feto é um conjunto de células humanas que se desenvolve rapidamente com a potencialidade de gerar um ser humano após nove meses de gestação. No corpo de uma mu-

lher, um feto é um conjunto de células útero-dependente. No debate sobre a moralidade do aborto, o útero resume a existência da mulher em disputa contra o Estado. Sem a mulher, não há como reclamar direito potencial do feto a se manter em desenvolvimento para, futuramente, ter a chance de nascer.

Os limites da vida não são determinados pela natureza. Somos criadoras de nossos sentidos, e um deles é o que orienta a redescoberta do aborto como crime. Não é a vida que é ameaçada quando uma mulher aborta, mas a ordem simbólica que a reduz ao útero e

ao dever da gestação. É um regime patriarcal que sobrepõe reprodução biológica e social: as mulheres são mães em potencial e esse é o lugar sagrado em que se deveriam manter. As mulheres que abortam não negam a beleza da maternidade tampouco seu caráter fundamental à experiência do feminino. Elas apenas desafiam o Estado, que insiste em as reduzir ao útero, impondo-lhes o dever de gestação.

**Debora Diniz**

Professora da Universidade de Brasília. Pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

## CORAGEM PARA MUDAR<sup>(1)</sup>

**Thiago Bottino**

A teoria geral do processo classifica os provimentos judiciais em cognitivo, executório e cautelar, todos os três aplicáveis ao Direito Processual Penal. O processo de conhecimento destina-se à resolução do litígio que é apresentado ao juiz. Nele, as partes apresentam suas postulações e produzem prova de suas alegações, buscando influir no convencimento do juiz, o qual, ao final, proferirá a sentença, julgando precedente ou improcedente a acusação. O processo de execução visa a dar efetividade, no mundo dos fatos, à sentença que julgou o processo de conhecimento e aplicar as disposições legais necessárias ao cumprimento da pena pelo condenado. Finalmente, o provimento cautelar tem por objeto a adoção de medidas urgentes e provisórias que garantam a utilidade da sentença que será proferida no processo de conhecimento.

No que tange ao aspecto patrimonial, uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, também serão executadas as medidas decorrentes da condenação: (a) indenização do dano causado pelo crime; e, (b) perda, em favor da União, dos instrumentos do crime e do produto do crime (aí considerado qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso). Nesse ponto, é especialmente relevante o aperfeiçoamento do processo cautelar e das medidas assecuratórias para garantir maior agilidade, eficácia e segurança jurídica.

Isso porque a atividade cognitiva desenvolvida no processo de conhecimento, sobretudo no processo criminal, demanda tempo. Contudo, o transcurso do tempo, associado à falta de instrumentos jurídicos adequados, pode comprometer a eficiência das medidas assecuratórias decretadas. Pode-se citar como exemplos de ineficiência a depreciação de um automóvel ou computador, o comprometimento de um imóvel devido à falta de pagamento de IPTU e cota condominial, além dos altos custos decorrentes da guarda de um barco ou de uma aeronave.

Contudo, é espantoso constatar que ao longo dos últimos 70 anos,<sup>(2)</sup> não tenha havido nenhuma modificação substancial no regime das medidas cautelares patrimoniais previstas no CPP. Afinal, já há alguns anos, vive-se uma realidade sócio-econômica substancialmente

nova, na qual a globalização (com os avanços nas áreas de telecomunicações, com a integração dos serviços financeiros mundiais, com a facilidade e instantaneidade dos negócios) tornou extremamente fácil o aproveitamento, pelo autor do crime econômico, do proveito do crime. Exemplo disso é a própria criminalização da lavagem de dinheiro, conduta que tem por objetivo assegurar que os bens de origem criminosos assumam aparência lícita.

Esse texto pretende apresentar contribuições à discussão atual sobre a reforma das medidas cautelares patrimoniais, tomando por base as seguintes premissas: 1) o combate eficaz à criminalidade deve tornar a atividade ilícita não lucrativa; 2) o combate eficaz à criminalidade não pode prescindir do respeito às garantias constitucionais; 3) os bens não podem sofrer depreciação e sua manutenção não pode onerar o Poder Público; e, por fim, 4) é preciso ousar, criando-se novos institutos, ao invés de reproduzir as fórmulas desgastadas que existem hoje.

Com efeito, Comissão de juristas reunida pelo Senado foi extremamente tímida na propositura de mudanças. Embora reconheçam que a legislação atual é “confusa”, contraditoriamente, as modificações sugeridas são mínimas. Segundo as palavras do próprio relator do PLS 156/09 no Senado, Senador **Renato Casagrande**, “em que pesem alterações na redação de alguns dispositivos, o que se percebe é que prevaleceu a disciplina do atual diploma”.

A principal inovação é a criação de uma medida cautelar genérica que antecederia a decretação das medidas cautelares específicas, chamada “indisponibilidade”. Trata-se de uma “medida assecuratória” para aplicação das demais “medidas assecuratórias”, já que poderia ser decretada mesmo sem indícios da origem ilícita dos bens.<sup>(3)</sup>

A indisponibilidade seria aplicável independentemente da hipótese de constrição patrimonial, sugerindo uma unicidade no tratamento das cautelares patrimoniais.

Entretanto, a pesquisa realizada pela equipe da FGV DIREITO RIO junto aos juízes estaduais e federais que atuam em varas criminais<sup>(4)</sup> indica que 51% dos juízes repudiam a introdução de uma medida cautelar genérica que antecede às medidas cautelares específicas

no sistema processual penal. Esse percentual significativo indica uma potencial baixa adesão dos juízes ao instituto, o que nos levaria ao mesmo ponto em que estamos hoje, além de comprometer a eficácia do instituto.

Outra inovação contida do PLS 156/09 é a possibilidade de alienação antecipada dos bens (providência fundamental na atualização das assecuratórias), faltando, porém, procedimentos claros para avaliação dos bens, embora essa medida seja de fundamental importância na hipótese de ser necessário ressarcir o proprietário em caso de absolvição ou extinção da punibilidade. Esse projeto também não prevê mecanismos que assegurem o contraditório e a ampla defesa do acusado durante o procedimento de arrecadação, avaliação e alienação dos seus bens.

A “desatualização” constatada na pesquisa pode indicar as razões pelas quais as atuais medidas cautelares praticamente não são aplicadas. Os dados fornecidos pelos próprios juízes indicam que a aplicação do sequestro, da hipoteca legal e do arresto é raríssima. Mesmo nos casos em que o crime apurado tratava de dano material e foi aplicada a regra da fixação do valor mínimo de indenização, as medidas assecuratórias não são utilizadas nas situações cotidianas.

Se forem consideradas apenas as sentenças condenatórias proferidas no período pesquisado, a não utilização da hipoteca e do arresto alcança 96% dos casos, ao passo que a não utilização do sequestro é de 94%.

Certamente a ineficácia do atual regime de medidas cautelares alimenta a preferência dos juízes por mecanismos *de lege ferenda*, traduzido pela demanda pela aplicação de um “poder geral de cautela” por parte de 83% dos juízes entrevistados, sendo que 17% do total manifestaram preferência pela existência apenas desse instituto, sinalizando a imprestabilidade das atuais medidas assecuratórias.

Se o Legislativo não promover as mudanças necessárias, o Judiciário não terá à disposição meios de enfrentar as situações cotidianas e se verá no dilema de deixar de aplicar medidas assecuratórias ou aplicar medidas inominadas, diferentes daquelas aplicadas por outros juízes, mais ou menos gravosas e sem critérios claros e objetivos. Qualquer desses dois caminhos

ameaça o indivíduo, a sociedade e o Estado.

A primeira grande inovação que deve ser feita na legislação das cautelares patrimoniais é a incorporação dos princípios constitucionais à legislação infraconstitucional, especialmente o contraditório e a presunção de inocência (relativamente à necessidade de demonstração do *periculum in mora*).

A doutrina é unânime ao considerar que o *periculum in mora* é requisito inerente à natureza cautelar da medida e a pesquisa jurisprudencial realizada pela equipe da FGV DIREITO RIO<sup>(5)</sup> demonstrou que, em 62,5% dos casos, os juízes acabam por exigir a demonstração de algum risco de perecimento do bem para decretar a medida. Relativamente ao contraditório, acredita-se ser perfeitamente possível ouvir a parte requerida quando o pedido recair sobre bens imóveis, que não desaparecem sem deixar rastros e que poderão ser tornados indisponíveis, ainda que transferidos a terceiros.

A segunda grande inovação que se considera importante é a institucionalização de um regime de avaliação, alienação, guarda e gestão dos bens apreendidos. A alienação deve ser sempre a regra, mas não uma regra inflexível, devendo ser conjugada com a administração judicial. Muitas vezes, é mais interessante para o Estado e para o indivíduo que o bem permaneça sob a gestão do administrador judicial, em virtude da depreciação que possa resultar da própria alienação. Porém, quando os bens que ficam sob a custódia do Estado acabam não recebendo uso adequado, perdem seu valor. A alienação antecipada permitirá que o bem seja vendido e o seu valor integral preservado.

Por fim, a terceira grande inovação necessária é a previsão de que o juiz possa nomear, ao lado do administrador dos bens, um perito na localização de bens. Um dos maiores problemas que se vivencia hoje no plano das cautelares

patrimoniais é a baixa efetividade na localização de ativos. A possibilidade de nomeação de uma pessoa encarregada de localizar bens obtidos com o produto do crime é uma iniciativa ousada, mas que parece pertinente para modificar o panorama de inexpressividade da recuperação de ativos atualmente.

Não obstante os órgãos de polícia judiciária estejam preparados e sejam capazes de desempenhar essa atividade, não se pode olvidar que muitos dos agentes desses órgãos (como também os membros do Ministério Público) não consideram que a localização dos bens é tão importante quanto a obtenção de provas que levarão à condenação dos investigados. Por outro lado, a possibilidade de contratarem-se especialistas nessa tarefa constitui medida capaz de mudar o panorama atual de baixa efetividade das medidas cautelares patrimoniais e de pífios resultados na recuperação do patrimônio obtido de forma criminosa. O juiz poderia valer-se de escritórios de advocacia ou empresas cuja especialidade fosse a detecção de “laranjas” e a comprovação de sua vinculação com o indiciado ou réu de modo a identificar bens obtidos com os proventos do crime. Esses profissionais funcionariam como espécie de peritos do juiz, prestando compromisso, realizando um múnus público e sujeitando-se às responsabilidades respectivas.

As propostas são ousadas e certamente suscitarão críticas (talvez alguma adesão). Essa é a ideia. É muito conhecida a frase de **Aristóteles**, em *Ética a Nicômaco*: “A virtude está no meio”. Logo em seguida, **Aristóteles** acrescenta que “a coragem é o meio termo entre a covardia e a temeridade”. Precisamos de coragem, e somente o debate acadêmico poderá aprimorar as propostas acima apresentadas, retirando-lhes o excesso que caracterizaria a temeridade, mas mantendo o desejo de mudança e evitando a covardia de não

agir para tornar as medidas cautelares assecuratórias um instrumento a serviço da sociedade.

## NOTAS

- (1) O presente texto tem como pano de fundo o trabalho de pesquisa realizado por uma equipe de professores e alunos da FGV DIREITO RIO e coordenado pelo signatário. Essa pesquisa foi desenvolvida atendendo a edital público lançado pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça no âmbito do projeto *Pensando o Direito*, financiado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). A pesquisa ocorreu entre abril/08 e maio/09. Partiremos, portanto, de algumas premissas e conclusões que decorrem daquele estudo para avançar nas propostas constantes desse texto. O inteiro teor da pesquisa e seu relatório conclusivo está disponível no site <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73%7D>.
- (2) Atualmente, há dois projetos de reforma do CPP em trâmite no Congresso. O PLS 156/09, já aprovado no Senado recebeu na Câmara dos Deputados o número 8.045/10, sendo apensado ao PL 7.987/10, apresentado pelo Deputado **Miro Teixeira**.
- (3) “*Dai a importância da indisponibilidade de bens como medida de cautela para ‘congelar’ o patrimônio suspeito, até que seja possível identificar exatamente quais os bens são provenientes de atividade ilícita*” Relatório final. Disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=70407>. Acesso em 17 de março de 2010.
- (4) Foram ouvidos 96 juízes (20% do universo original, que incluía 358 Varas Criminais Estaduais e 57 Varas Criminais Federais, distribuídos pelas cinco regiões do Brasil).
- (5) Foram analisados 173 acórdãos, oriundos dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Maranhão, dos cinco Tribunais Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

### Thiago Bottino

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (1999). Mestre (2004) e Doutor (2008) em Direito pela PUC-Rio. Professor Adjunto e Coordenador do Curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas – RJ, onde leciona as disciplinas de Direito Penal Econômico e Direito Processual Penal. Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Membro efetivo do IAB, onde integra a Comissão Permanente de Direito Penal.

## A PROTEÇÃO DA INTIMIDADE E A INTERNET – ALGUMAS REFLEXÕES

### Guilherme Madeira Dezem

As mudanças havidas com o desenvolvimento da internet são enormes e, bem por isso, são sentidas diariamente na vida de todos: arquivos digitais que contêm fotos, documentos e vídeos são realidade na vida de boa parte das pessoas.

Pode surgir interesse, então, para o processo penal. É possível que alguns dos documentos havidos neste meio virtual sejam interessantes como fonte de prova. O objetivo deste texto é apresentar alguns questionamentos sobre os meios de obtenção de prova especificamente no campo da internet.

Em primeiro lugar, é preciso que se relembre o conceito de meios de obtenção de prova: a par de todas as definições existentes, é possível identificá-los como procedimentos que geram restrições ou limitações a direitos fundamentais. Desta forma, podemos citar como meios de obtenção de provas a interceptação telefônica, a captação ambiental de imagens e sons e a busca e apreensão.

Em segundo lugar, é preciso que se estabeleça outra premissa. Consiste na resposta à pergunta: há um mundo virtual diferente do real? Ou seja, a internet representa outro mundo completamente diferente do físico ou uma mera transposição das estruturas havidas neste?

Há três posições entre os sociólogos e, aqui, optamos pela posição intermediária: os mundos físico e virtual apresentam pontos de contato, muito embora cada um com particularidades que o distinguem do outro (por todos, veja-se *As teorias da ciber-cultura*, de **Francisco Rüdiger**).

Basicamente falando, e dado à limitação do texto, a internet pode afetar a investigação criminal com meios de obtenção de prova nas seguintes hipóteses: a) documentos arquivados digitalmente cujos dados influenciem na investigação penal; b) conversas em salas de bate-papo ou similares; c) conversas, via internet, em sistemas como Skype ou similares; d) utilização de programas que se instalam no

computador do investigado e dele retiram os dados necessários para a investigação.

Todos estes temas mencionados ligam-se diretamente à proteção da intimidade. Assim, tem-se a atração do art. 5º, X, da CF: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

Da mesma forma, temos a proteção do art. 11 do Pacto de São José da Costa Rica: “*Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas*”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já definiu que o art. 11 protege a intimidade

contra indevidas ingerências por parte do Estado. Esta definição é afirmada em especial no Caso Escher, ao afirmar que “o artigo 11 da Convenção proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos âmbitos da mesma como a vida privada de suas famílias, seus domicílios e suas correspondências. Nesse sentido, a Corte sustentou que ‘o âmbito da privacidade caracteriza-se por estar isento e imune a invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública’” (Escher v. Brasil, sentença de 06.07.2009).

Do exposto até o momento, pode-se extrair uma primeira conclusão: a proteção da intimidade contra indevidas ingerências estatais encontra amparo tanto na Constituição Federal quanto no Pacto de São José da Costa Rica (art. 11).

A questão envolvendo as novas tecnologias e meios de obtenção de prova não foi ainda objeto de avaliação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sua coirmã, a Corte Europeia de Direitos Humanos, tem dado tratamento formal ao tema.

A Corte Europeia tem-se posicionado no sentido de que a violação mais importante é aquela relativa à ausência de clareza por parte do legislador no estabelecimento dos meios de obtenção de prova.

Neste sentido, tem-se o caso *Taylor-Sabori v. The United Kingdom*, de 22.10.2002, em que houve a interceptação de mensagens de pager do requerente por parte da polícia. Reconheceu-se a violação do art. 8º, pois não havia legislação prevendo a possibilidade de uso destas mensagens.

Da mesma forma, no que se refere aos emails, tem-se o caso *Copland v. The United Kingdom*. Aqui reconheceu-se a violação do art. 8º, na medida em que o próprio governo inglês não seguiu sua legislação, dispondo-se no acórdão que “the court is not convinced by the Government’s submission that the College was authorised under its statutory powers to do ‘anything necessary or expedient’ for the purposes of providing higher and further education, and finds the argument unpersuasive. Moreover, the Government do not seek to argue that any provisions existed at the relevant time, either in general domestic law or in the governing instruments of the College, regulating the circumstances in which employers could monitor the use of telephone, email and the Internet by employees. Furthermore, it is clear that the telecommunications (Lawful Business Practice) Regulations 2000 (adopted under the regulation of Investigatory Powers Act 2000) which make such provision were not in force at the relevant time”.

Então, verifica-se, nos meios de obtenção de prova e nas novas tecnologias, que a grande preocupação da Corte Europeia se dá pela ausência de previsão legal de tal meio de obtenção de prova.

Transpostos para a realidade brasileira, temos, novamente, as seguintes situações:

1 - documentos arquivados digitalmente cujos dados influenciam na investigação penal. Neste caso, temos que haveria a necessidade de busca e apreensão destes arquivos digitais.

Aqui, há de surgir um problema ainda sem resposta: tendo em vista a enorme quantidade de documentos que podem ser arquivados virtualmente, sem comparação com o mundo físico, é razoável exigir que, do mandado de busca e apreensão, conste ordem individualizada?

É preciso lembrar que o paradigma do Código de Processo Penal é o paradigma do mundo físico, não do mundo virtual. Há, como dito inicialmente, pontos de contato entre o mundo físico e o mundo virtual, mas será que esta exigência de detalhamento do mandado deve ser mantida?

2 - conversas em salas de bate-papo ou similares. Aqui parece ser necessária uma distinção. Se for sala de bate-papo aberta a qualquer pessoa, então não haverá sequer necessidade de autorização judicial. Neste caso, a transposição das estruturas é adequada: conversa em espaço público no mundo real também não demanda qualquer necessidade de autorização judicial.

Já quando se tratar de conversa entre duas pessoas em canal fechado por programa próprio de comunicação (programas como MSN ou similares), então poderia ser autorizada a captação desta conversa, desde que nos mesmos moldes da interceptação telefônica. Nesta situação, haveria similitude entre os meios de obtenção de prova a justificar tal medida (da mesma forma que no caso de conversas via internet em sistemas como Skype ou similares).

Nesta última hipótese, contudo, caso se siga a orientação da Corte Europeia de Direitos Humanos, então, não haveria a possibilidade de captação destas conversas ante a ausência de legislação específica.

Por fim, no caso da chamada infiltração virtual (utilização de programas que se instalam no computador do investigado e dele retiram os dados necessários para a investigação), há a necessidade de utilização de legislação específica. Não é possível a utilização da infiltração virtual sem que haja legislação regulamentando este tema.

O assunto da proteção da intimidade na internet não se reduz, é claro, a estas questões. Estas dúvidas apresentadas são as mais tormentosas para o âmbito probatório no direito processual penal. Os estudos devem voltar-se, com maior atenção, para esta área do mundo virtual, buscando, quem sabe, a fixação de novos e gerais parâmetros para a obtenção destas provas.

#### Guilherme Madeira Dezem

Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Doutorando em Processo Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Juiz de Direito.

## 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

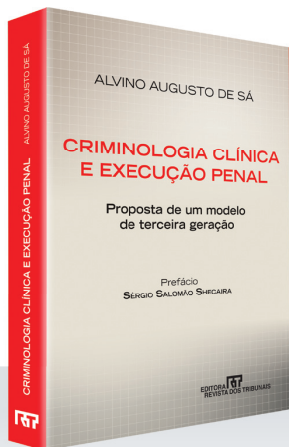
## PARTICIPE POR ACREDITAR

### ACOMPANHE O IBCCRIM

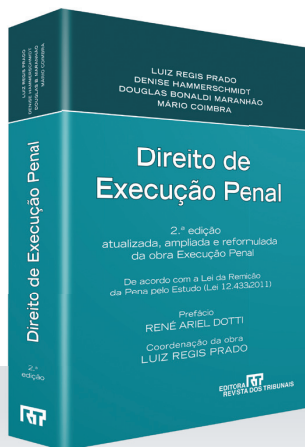
 [www.twitter.com/ibccrim](http://www.twitter.com/ibccrim)

 [www.facebook.com/pages/IBCCRIM/206921985987194](http://www.facebook.com/pages/IBCCRIM/206921985987194)

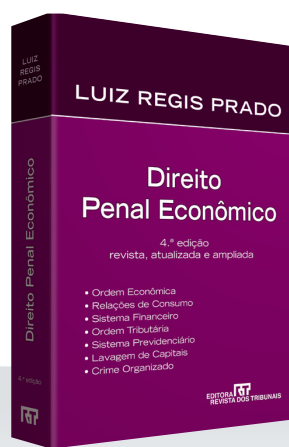
# LANÇAMENTOS



**Criminologia Clínica e Execução Penal**  
Alvino Augusto de Sá



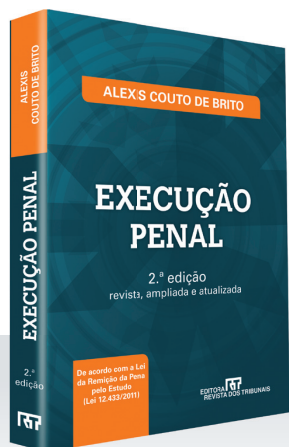
**Direito de Execução Penal**  
Luiz Regis Prado, Denise Hammerschmidt, Douglas Bonaldi Maranhão e Mário Coimbra



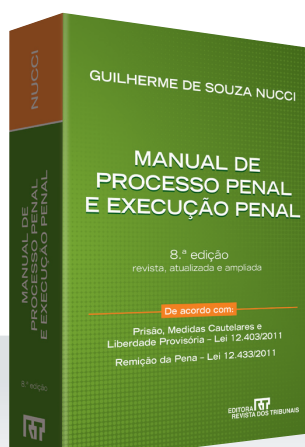
**Direito Penal Econômico**  
Luiz Regis Prado



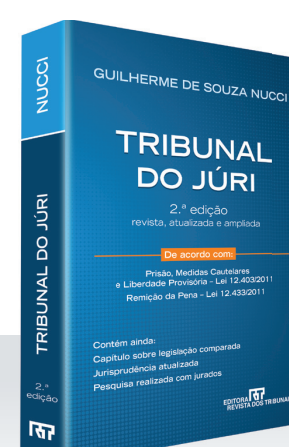
**Direito Penal Econômico Questões Atuais**  
Coordenação: Alberto Silva Franco e Rafael Lira



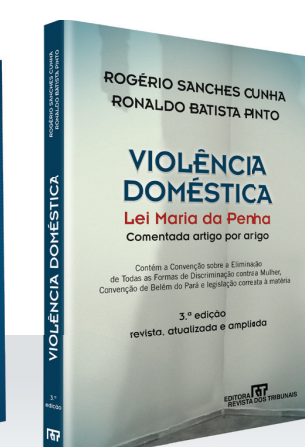
**Execução Penal**  
Alexis Couto de Brito



**Manual de Processo Penal e Execução Penal**  
Guilherme de Souza Nucci



**Tribunal do Júri**  
Guilherme de Souza Nucci



**Violência Doméstica**  
Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Bastista Pinto

Adquira essas e outras obras na

**livraria**  
**RT**

[www.livrariart.com.br](http://www.livrariart.com.br)