

# Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO  
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



## EDITORIAL:

### O LUDIBRIADOR E PERIGOSO “SHOW DA VIDA”

O tema do aborto ganhou protagonismo na reta final da campanha eleitoral. Isso é tão surpreendente, considerado o marasmo das discussões sobre direitos sexuais reprodutivos nos tempos de vida política normal no Brasil, quanto inoportuno, considerada a forma rasteira, covarde e leviana com que tem sido incorporado pelas agendas de campanha. O resultado deste processo é um vazio “show da vida”, tão ludibriador quanto perigoso.

É ludibriador porque obscurece as muitas e relevantes questões políticas, filosóficas e jurídicas que são debatidas, há pelo menos meia década, por acadêmicos de diversas áreas que têm dedicado ao aborto a devida atenção. Tais questões, se fossem trazidas a público por meio de um debate honesto e qualificado, ajudariam a esclarecer as relações e limites entre os muitos direitos constitucionais, fundamentais e pétreos necessariamente pertinentes ao tema - tanto os do feto quanto, e principalmente, os da gestante.

Seria fundamental que se desembaraçassem as três dimensões distintas do problema, que aparecem confusas e indistintamente reunidas no grande balaio do aborto, tal qual tem sido oferecido ao grande público.

A primeira diz respeito à valoração que cada indivíduo pode ter em relação à opção de uma mulher pelo aborto. Essa valoração é emoldurada por crenças religiosas e princípios morais de cada um, tanto os da gestante quanto os de quem a julgue. Por isso, é questão de foro íntimo, e cada um deve ser livre para ter a opinião que lhe sirva a consciência.

Tal questão não se confunde com uma apreciação crítica da atual legislação sobre o aborto enquanto política pública. Quem é “a favor da vida em todas as suas dimensões”, tomando emprestada a expressão da moda, pode, sem qualquer contradição, reprovar a um só tempo tanto a opção de uma mulher pelo abortamento, por valorar a vida do feto, quanto a atual legislação sobre o aborto, por valorar a vida e a saúde das milhares de gestantes que recorrem a insalubres, quando não fatais, clínicas clandestinas que praticam rotineiramente o aborto sem serem admoestadas - nem pela polícia, nem pela fiscalização sanitária.

Finalmente, há uma terceira questão, que paira sobre as duas primeiras, respeitante à legitimidade de o Estado incorporar uma específica linha valorativa no tocante à escolha de uma mulher pelo abortamento, linha essa derivada de uma particular orientação

filosófico-religiosa que prega a superlatividade da vida fetal em relação ao direito de autonomia da gestante. A questão aqui, distinta das outras duas, é saber como o tema do aborto pode ser tratado com o devido respeito à autonomia política e moral de cada pessoa, bem como à legitimidade de se negar esta autonomia a alguém, como a nega o Estado brasileiro ao impor a todas as mulheres uma determinada valoração sobre o valor da vida fetal.

Separadas essas três dimensões do problema, o passo seguinte deveria ser tratá-las sem obscurantismo religioso ou oportunismo eleitoral. Cada uma delas traz diferentes questões à tona, as quais nos permitiriam depurar as crenças e intuições que temos sobre o aborto e refletir sobre possíveis mudanças a esse respeito na legislação penal, que no espaço de uma geração já será vergonhosamente centenária, porque o debate a seu respeito não se permite evoluir.

Fosse isso feito, poderíamos, finalmente, tratar seriamente de temas prementes como: o grau de proteção que o ordenamento jurídico dá à vida pré-natal - que já foi enfrentado na ADIN 3510 (Lei de Biossegurança), mas não especificamente em relação ao feto; o impacto de tecnologias médicas posteriores a 1940 sobre as circunstâncias em que se permite o aborto, como nos casos de anencefalia detectável por corriqueiros diagnósticos de imagem; o direito de abortamento independentemente de permissão judicial para casos em que a saúde da gestante esteja em perigo, mesmo que ela não corra risco de vida (pois o Código só admite expressamente esta última hipótese); ou ainda a regulamentação técnica dos abortos na rede pública de saúde, que hoje expõe a gestante, sobretudo nos casos provenientes de estupro, a procedimentos indignos.

Nada disso tem sido debatido, e, assim, a opinião pública permanece ludibriada. Pior, entretanto, é a maré legislativa perigosamente retrógrada que se ensaia para o futuro, e que periga repercutir sobre questões mais amplas do que o aborto. O “show da vida” tem reavivado um fundamentalismo político-religioso que agora cobra dos candidatos à Presidência, ostensivamente, um pacote de moralidades que restringe direitos não só de mulheres, mas também de outras minorias, como homossexuais. Na premência de uma disputada campanha eleitoral que será decidida por uma cabeça, os candidatos comprometer-se-ão à reedição do *Index Librorum Prohibitorum* se assim lhes for exigido pelo moralismo atrasado que hoje se vê perigosamente fortalecido.

Quem é “a favor da vida em todas as suas dimensões”, tomando emprestada a expressão da moda, pode, sem qualquer contradição, reprovar a um só tempo tanto a opção de uma mulher pelo abortamento, por valorar a vida do feto...

## EDITORIAL:

- **O LUDIBRIADOR E PERIGOSO “SHOW DA VIDA”** ..... 1
- **CONSIDERAÇÕES SOBRE A VALIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA NAS ELEIÇÕES DESTES ANOS**  
Ivan Martins Motta ..... 2
- **MACHADO TINHA RAZÃO**  
Rogerio Schietti M. Cruz ..... 2
- **MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE PRESOS - LIMITES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS**  
Denise Provasi Vaz ..... 4
- **O STF, A INSIGNIFICÂNCIA E O HABEAS CORPUS**  
Mohamad Mahmoud ..... 6
- **JÚRI - GARANTIA INDIVIDUAL**  
José Roberto Antonini ..... 7
- **A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E A REGÊNCIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROJETO 156/2009-PLS**  
Rafael Serra Oliveira ..... 8
- **OS EFEITOS REFLEXOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF QUE PERMITIU A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PARA OS CONDENADOS POR TRÁFICO DE ENTORPECENTE**  
Ticiano Figueiredo ..... 10
- **“O FIM DAS CERTEZAS” (ATÉ DAS JURÍDICAS?)**  
Raquel Lima Scalcon ..... 11
- **O NOVO ESTUPRO E A SUA INTERPRETAÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES**  
Matheus Silveira Pupo ..... 12
- **AÇÕES NEUTRAS - ALGUMAS NOTAS CORRETIVAS PARA O DEBATE BRASILEIRO**  
José Danilo Tavares Lobato ..... 14
- **“MODERNIDADES” NO SISTEMA PENAL E A AMPLA DEFESA DO ACUSADO**  
Euro Bento Maciel Filho ..... 15
- **ADESÃO CIVIL E “DANO MORAL COLETIVO” NO PROJETO DO NOVO CPP**  
Roger de Melo Rodrigues ..... 16
- **DECORRE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL A PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA AOS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS?**  
Thiago Pedro Pagliuca dos Santos ..... 18

### CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

#### O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. NECESSIDADE.** ..... 1409

#### EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal ..... 1410
- Superior Tribunal de Justiça ..... 1411
- Tribunais Regionais Federais ..... 1412
- Tribunais de Justiça ..... 1414

## CONSIDERAÇÕES SOBRE A VALIDADE DA LEI DA FICHA LIMPÁ NAS ELEIÇÕES DESTES ANOS\*

Ivan Martins Motta

Chaim Perelman dizia, nos idos da década de setenta do século passado, que o direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência: uma de ordem sistemática, que é a elaboração de uma ordem jurídica coerente; e outra de ordem pragmática, que é a busca de soluções que sejam aceitáveis pelo meio, porque são conformes com aquilo que lhe parece justo e razoável. Nesse sentido, arrematava Perelman, a lógica jurídica, em especial a lógica judicial, se apresenta não como uma lógica formal (silogismo), mas como uma argumentação (retórica), a qual depende da maneira com que os juízes concebem sua missão e da ideia que fazem do direito e de seu funcionamento na sociedade. Na visão do referido mestre, o direito admitido não é simplesmente o direito imposto pelo legislador. Há que flexibilizá-lo para conciliá-lo com o que se considera justo e razoável.

Esses ensinamentos de Perelman, inseridos em sua obra *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, continuam ainda atuais, sendo consubstanciados com frequência nas decisões de nossos tribunais superiores. Recentemente, um destacado ministro do Supremo Tribunal Federal, em entrevista divulgada pelos meios de comunicação, externou que, ao julgar um caso concreto, primeiro busca a solução que lhe parece mais justa, para após, e somente após, ir ao encontro das regras e princípios jurídicos que a embasarão, num autêntico silogismo às avessas, no qual a conclusão precede a eleição das premissas que a fundamentam.

Deparamo-nos, portanto, com uma realidade em que os arrazoados empregados para a aplicação da lei ao caso concreto, que se supunham obedecer a uma simples ope-

ração dedutiva, na qual a solução deveria ser apreciada unicamente segundo o critério da legalidade formal, consistem, na verdade, de uma técnica argumentativa através da qual se busca fundamentar a decisão de acordo com o que se entende justo, razoável ou aceitável. Nessa atual concepção do direito, menos formalista e mais preocupada pela maneira com a qual a aceita a sociedade, à qual rege, é impossível identificar, pura e simplesmente, o direito positivo com o conjunto das leis, pois pode haver divergência entre a letra dos textos legais e a sua interpretação e aplicação, conforme Perelman já realçava em sua citada obra. Desse modo, ainda na esteira do eminente professor da Universidade de Bruxelas, não se pode nem se deve eliminar da decisão judicial os juízos de valor que são expressões vivas das pulsões, emoções e interesses da comunidade.

Essas reflexões são muito oportunas no momento atual, em que a sociedade aguarda ansiosa a manifestação dos ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a validade nas eleições deste ano da Lei Complementar nº 135, conhecida como Lei da Ficha Limpa. Como é do conhecimento geral, a proposta do projeto da Ficha Limpa foi apresentada pelo Movimento de Combate à Corrupção, com mais de 1 milhão e 600 mil assinaturas. Espera-se por uma decisão que atenda aos justos reclamos da comunidade, a qual pretende extirpar do processo político eleitoral

candidatos desqualificados para o exercício do mandato. Aguarda-se que esse clamor por ética e moralidade no exercício do múnus legislativo seja captado pela Suprema Corte e que seja o norte inspirador dos votos de seus membros. A sociedade espera dos membros do Supremo que, na decisão que se aproxima, seja deixado de lado qualquer apelo a estereis filigranas jurídicas de caráter formal e que seja corajosamente encarado o cerne da questão que inspirou a Lei da Ficha Limpa.

Efetivamente, a expectativa do povo brasileiro é que os senhores ministros do Supremo Tribunal Federal interpretem o direito posto pelo legislador na

Efetivamente, a expectativa do povo brasileiro é que os senhores ministros do Supremo Tribunal Federal interpretem o direito posto pelo legislador na conformidade da vontade da nação...

conformidade da vontade da nação, mantendo o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o qual decidiu pela validade da Lei da Ficha Limpa na eleição deste ano e pela sua aplicação aos casos ocorridos em data anterior à sua vigência. Para tanto, torna-se imperativo que os juízes de nosso Tribunal Maior façam uso de uma técnica interpretativa que, norteada exclusivamente por critérios de justiça e razoabilidade, venha a atender aos justos reclamos da sociedade.

\* Artigo redigido em 18/10/2010.

Ivan Martins Motta

Doutor em Direito Penal. Professor.  
Diretor do IBCCRIM.

## MACHADO TINHA RAZÃO

Rogério Schietti M. Cruz

Muitos não sabem que Machado de Assis, antes de alcançar completo reconhecimento como escritor, foi funcionário público do Ministério da Agricultura, onde, mesmo não sendo bacharel em direito, emitia pareceres sobre matérias variadas, inclusive de natureza jurídica.

Certa vez, no ano de 1876, foi-lhe solicitado que redigisse parecer sobre questão envolvendo um escravo e seu proprietário. Pela *Lei do Ventre Livre*, aprovada havia poucos anos, o proprietário deveria efetuar o registro (matrícula) de seus escravos até certa data, sob pena de serem considerados libertos. Havia também a possibilidade de uma ação ordiná-

ria, movida pelo dono do escravo, destinada a suprir o registro não efetuado no prazo legal. No caso em apreço, o autor da ação ordinária obteve a procedência do pedido, mas o juiz, contrariando a lei (que impunha o recurso *ex officio*) não submeteu sua sentença ao grau superior. O vencedor, então, extraiu certidão do trânsito em julgado da sentença e postulou, no órgão próprio, a matrícula de seus negros. O caso, por suscitar dúvidas quanto à validade da sentença, acabou indo parar na seção do Ministério da Agricultura onde trabalhava Machado de Assis. Instado a opinar, analisou o sentido e a teleologia da norma e concluiu que *não importava quem*

*dera início à ação, mas sim a circunstância de que o legislador visava à proteção da liberdade humana e, por isso, instituíra o recurso ex officio das decisões contrárias à liberdade.*<sup>(1)</sup>

Em suas palavras, que vieram a ser acolhidas, *“as causas do artigo 19 [do Regulamento da Lei do Ventre Livre] é certo que não as propõe o escravo, mas o senhor; não têm por objeto imediato a libertação, mas a prova da propriedade do senhor e da força maior de lugar à falta de matrícula. Mas em que é tal diversidade de origem pode eliminar o objeto essencial e superior do pleito, isto é, a liberdade do escravo? Importa pouco ou nada que o recurso à justiça parta do escravo ou do senhor, desde*

que o resultado do pleito é dar ou retirar a condição livre ao indivíduo nascido na escravidão”.

Essa passagem da vida de nosso mais célebre escritor, narrada por **Schubsky** e **Matos**,<sup>(2)</sup> remete-nos à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 87.926 (Rel. Min. **Cezar Peluso**, j. 20.02.2008, Tribunal Pleno, DJe-074, p. 25.04.2008), em que se assentou o entendimento segundo o qual “no processo criminal, a sustentação oral do representante do Ministério Público, sobretudo quando seja recorrente único, deve sempre preceder à defesa, sob pena de nulidade do julgamento”.

Esse importante *leading case* rompe a equivocada ideia - a despeito de encontrar guarida, até então, em boa parte da doutrina e em farta jurisprudência - de que o Ministério Público, no julgamento dos recursos criminais, agiria apenas como fiscal da lei, e não como parte. Em conformidade com argumentos que sustentáramos,<sup>(3)</sup> o STF assentou que a mudança de uma simples fase do processo não transforma a parte autora da ação penal pública em mero fiscal da aplicação da lei. E mais, reconheceu-se que o conteúdo da “opinião” lançada em eventual manifestação ministerial é de pouco relevo e, portanto, ainda que o procurador de justiça (ou, no âmbito federal, o procurador regional da república) postule a absolvição do acusado, o Ministério Público atuante em segundo grau não deixa de ser o órgão incumbido da acusação pública, continuando a agir, assim, formalmente como parte.

A leitura do acórdão nos levou, todavia, a questionar se o direito do réu à última palavra seria igualmente reconhecido se o recurso houvesse sido interposto pela defesa, e não pelo Ministério Público, que, vale lembrar, insurgira-se, no processo que ensejou o julgamento do citado *Habeas Corpus* pelo STF, contra a decisão de rejeição da denúncia oferecida no juízo federal competente.

Por isso entendemos conveniente reforçar nossa já manifestada opinião - e agora apoiado na inteligência e na sensibilidade do **Bruxo do Cosme Velho** - de que ao acusado, independentemente da sua posição contingencial (recorrente ou recorrido) durante o processamento do recurso, deve ter sempre assegurada a palavra após a intervenção oral do acusador, enquanto exteriorização concreta do princípio do *favor defensionis*. Isso porque, *considerando-se a ação penal em sua inteireza, e não apenas em suas fases procedimentais estanques, o acusado estará sempre na posição defensiva, rebatendo a imputação que lhe foi endereçada pelo órgão de acusação, visto que, sendo uma a relação processual penal, o conflito entre o ius libertatis e o ius puniendi permanece íntegro no segundo grau de jurisdição e, portanto, tudo se resume a definir se a liberdade do réu - pouco importa sua qualificação como recorrente ou como recorrido - poderá ser tolhida ou não pelo Estado.*

Por sua vez, certamente porque o ponto nodal do *Habeas Corpus* era a ordem de intervenção oral das partes no julgamento dos recursos crimi-

nais, outros temas correlatos, de igual ou, quiçá, de maior relevo, deixaram de ser arrostados pelos ministros da Suprema Corte ao julgarem o HC 87.926/SP.

O primeiro deles diz respeito à efetivação do direito à presença da defesa técnica na sessão de julgamento em segundo grau de jurisdição. É sabido que o sistema jurídico pátrio assegura ao acusado, durante todo o curso de um processo, máxima se criminal, o direito de estar assistido ou representado por um profissional qualificado e dotado de capacidade postulatória, constituído pelo próprio acusado, nomeado pelo juiz ou integrante dos quadros da Defensoria Pública ou de entidade de Assistência Judiciária gratuita.

Confira-se: a) *Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (artigo 5º, inciso LV, da CF);* b) *O advogado é indispensável à administração da justiça (artigo 133 da CF);* c) *A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV (artigo 134 da CF);* d) *Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor, cujas manifestações deverão ser fundamentadas (artigo 261 do CPP);* e) *A falta de comparecimento do defensor, se justificada, determinará o adiamento da audiência (artigo 265, § 1º, do CPP).*

Entretanto, não se tem visto, na doutrina e na jurisprudência pátrias, questionamentos sobre a obrigatoriedade da presença de um defensor para representar ou assistir o acusado na sessão de julgamento de um recurso criminal.

Em outros ordenamentos, a exigência é disposta em lei, tal qual disposto no artigo 845 da Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) da Espanha, ou no artigo 422 c/c artigo 67 do CPP de Portugal, ou, ainda, no artigo 613.3 c/c artigo 97 do CPP da Itália. Igualmente, a Corte Europeia dos Direitos do Homem tem acenado com a indispensabilidade da defesa técnica no julgamento dos recursos criminais, como forma de assegurar o contraditório e a paridade de armas (*Goddi v. Itália, Artico v. Itália, Poitrimol v. França e Pakelli v. Alemanha*).

No Brasil, quando o processo atinge o segundo grau de jurisdição, após o lançamento das razões e contrarrazões de recurso, não se costuma reconhecer o direito do réu, apelante ou apelado, a ter assistência técnica durante a sessão de julgamento do recurso.

É inquestionável, segundo cremos, o valor da presença do advogado do recorrente/recorrido, ou de defensor público, na sessão de julgamento do tribunal, sobretudo se nos dermos conta de que tal ato constitui a última chance<sup>(4)</sup> que terá o acusado para expor suas razões de fato tendentes a convencer os juízes de segundo grau de que sua argumentação merece ser acolhida. Daí a importância de que se faça presente alguém com habilitação técnica, se não necessariamente para



(FUNDADO EM 14.10.92)

## DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

### DIRETORIA EXECUTIVA

**PRESIDENTE:** Sérgio Mazina Martins

**1º VICE-PRESIDENTE:** Carlos Vico Mañas

**2º VICE-PRESIDENTE:** Marta Cristina Cury Saad Gimenes

**1º SECRETÁRIA:** Juliana Garcia Belloque

**2º SECRETÁRIO:** Cristiano Avila Maronna

**1º TESOUREIRO:** Édson Luís Baldan

**2º TESOUREIRO:** Ivan Martins Motta

### CONSELHO CONSULTIVO:

Carina Quito,  
Carlos Alberto Pires Mendes,  
Marco Antonio Rodrigues Nahum,  
Sérgio Salomão Shecaira e  
Theodomiro Dias Neto

### COORDENADORES-CHEFES

#### DOS DEPARTAMENTOS:

**BIBLIOTECA:** Ivan Luís Marques da Silva

**BOLETIM:** Andre Pires de Andrade Kehdi

**CURSOS:** André Adriano Nascimento Silva

**ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:**

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

**INICIAÇÃO CIENTÍFICA:** Camila Akemi Perruso

**INTERNET:** Luciano Anderson de Souza

**MESAS DE ESTUDOS E DEBATES:** Paulo Sérgio de Oliveira

**MONOGRAFIAS:** Fernando Salla

**NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA:** Guilherme Madeira Dezem

**NÚCLEO DE PESQUISAS:** Maria Amélia de Almeida Telles

**PÓS-GRADUAÇÃO:** Helena Regina Lobo da Costa

**RELAÇÕES INTERNACIONAIS:** Marcos Alexandre Coelho Zilli

### REPRESENTANTE DO IBCCRIM

**JUNTO AO OLAPOC:** Renata Flores Tybiriaçá

**REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:** Ana Elisa Liberatore S. Bechara

### PRESIDENTES DAS COMISSÕES ESPECIAIS:

**AMICUS CURIAE:** Heloisa Estellita

**CÓDIGO PENAL:** Mariângela Gama de Magalhães Gomes

**DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS**

**FUNDAMENTAIS:** Rafael S. Lira

**DIREITO PENAL ECONÔMICO:** Ludmila Vasconcelos Leite Groch

**CORRETORA DOS TRABALHOS DE CONCLUSÃO DO VI CURSO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU:** Heloisa Estellita

**HISTÓRIA:** Ana Elisa Liberatore S. Bechara

**INFÂNCIA E JUVENTUDE:** Luis Fernando C. de Barros Vidal

**JUSTIÇA E SEGURANÇA:** Renato Campos Pinto de Vitto

**MEIO AMBIENTE:** Adilson Paulo Prudente do Amaral

**NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:** Maurício Zanoide De Moraes

**POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS:** Maurides de Melo Ribeiro

**SISTEMA PRISIONAL:** Alessandra Teixeira

**16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL:** Marta Cristina Cury Saad Gimenes

sustentar, com o uso da palavra, as razões do seu cliente, mas para, ao menos, fiscalizar o correto andamento da sessão, esclarecer possível equívoco ou dúvida suscitada durante o julgamento ou para que possa, enfim, com sua simples presença, demonstrar que o réu não está indefeso, coarctando eventual desequilíbrio da relação processual.

O segundo tema ainda não enfrentado pela composição plena do STF diz com o direito à presença do próprio acusado no julgamento de recursos criminais, como manifestação de sua autodefesa, vertente da amplitude defensiva objeto de proteção constitucional (artigo 5º, inciso LV). Aqui também se observa uma clara mudança de postura dos intérpretes e aplicadores da lei quando o processo ingressa na fase impugnativa ordinária. Deveras, é curioso observar que, quando a causa está ainda sob a batuta do juízo singular, tem-se reconhecido ao acusado o direito a ser intimado sobre a realização de qualquer ato processual, à exceção, evidentemente, daqueles que, por motivo de sua urgência ou eficácia, desautorizam o comparecimento do réu. Não são raras, a propósito, decisões do STF reconhecendo ao réu, preso inclusive, o direito de estar presente na audiência de instrução e julgamento (HC 93503/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 02.06.2009, DJe-148, divulg. 06.08.2009).

Nossa indagação é: por que, então, não se reconhece ao acusado igual interesse de estar presente nos atos processuais realizados

no segundo grau, notadamente o principal deles, a sessão de julgamento do seu recurso? Não teria o tribunal, em tais situações, igual *dever de assistência*,<sup>(5)</sup> para estimular a compreensão pela parte mais débil da relação processual acerca de sua situação processual, seus direitos, suas possibilidades?

Na feliz percepção de **Hassemer**, é pela oralidade e publicidade dos atos processuais que se permite ao público (incluído aí o próprio réu) compreender o seu caso, pela própria “encenação” do julgamento, em que a platéia, tal qual ocorre em uma peça teatral, acompanha o desempenho dos protagonistas do “espetáculo”, conferindo se cada um deles desempenhou, a contento, o seu papel.<sup>(6)</sup>

Restaria, ainda, ao STF decidir sobre a necessidade de *submeter ao contraditório o parecer* lançado nos autos por quem, na nova e correta dicção daquela excelsa corte, continua a representar um dos polos da relação processual penal. Em palavras outras, por ser o Ministério Público parte também quando atua no julgamento de recursos interpostos por ele ou pelo acusado, é absolutamente natural que sua manifestação possa ser confrontada, em igualdade de condições e de prazos, pela parte adversária, sob pena de gerar um indevido desequilíbrio de oportunidades e de chances entre as partes.<sup>(7)</sup>

Desafortunadamente tudo nos leva a crer na manutenção do quadro atual por um bom tempo, até que o Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que fez em relação à ordem de manifestação oral das partes nos julga-

mentos dos recursos criminais, se antecipe ao legislador<sup>(8)</sup> e bata o martelo sobre esses temas que, em nosso entender, continuam a ser inexplicavelmente muito mal tratados - ou sequer tratados - pela dogmática, pela doutrina e pela jurisprudência de nosso País.

## NOTAS

- (1) Lei nº 2.040, de 28.09.1871 (Lei do Ventre Livre): “Art. 7º Nas causas em favor da liberdade ... §2º Haverá apelações ex-officio quando as decisões forem contrárias à liberdade.”
- (2) **Cássio Schubsky & Miguel Matos**, *Doutor Machado: o direito na vida e na obra de Machado de Assis*, São Paulo, Migalhas e Letera.doc. 2008, p. 107.
- (3) Inicialmente neste *Boletim do IBCCrim*, nº 53, abril/97, O parecer do Ministério Público ante a isonomia e o contraditório e, posteriormente, com maior aprofundamento, em *Garantias processuais nos recursos criminais*, São Paulo, Atlas, 2002.
- (4) **David W. Neubauer**, *America's courts and the criminal justice system*, 5ª ed., Belmont, Wadsworth, 1996, p. 330
- (5) **Iñaki Esparza Leibar**, *El principio de proceso debido*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 152.
- (6) **Winfried Hassemer**, *Fundamentos del derecho penal*, trad. **Francisco Muñoz Conde e Luiz A. Zapatero**, Barcelona, Bosch, 1984, p. 203.
- (7) Desenvolvemos melhor o tema nos textos referidos na nota 3.
- (8) O PLS 156/2009, que tramita no Senado Federal, nada provê de substancialmente novo em matéria de direitos das partes no segundo grau de jurisdição.

### Rogério Schietti M. Cruz

Doutor e mestre em Direito Processual pela USP.  
Professor de Direito Processual Penal nos cursos de pós-graduação da Escola Superior do MPDFT.  
Procurador de Justiça (DF).

## MONITORAÇÃO ELETRÔNICA DE PRESOS - LIMITES LEGAIS E CONSTITUCIONAIS

Denise Provasi Vaz

Em 19 de maio deste ano, o Congresso Nacional aprovou o Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 175/2007, que trata da chamada “pulseira eletrônica”. Sancionado pelo Presidente da República, tornou-se a Lei nº 12.258/2010, publicada em 16 de junho último, que alterou alguns dispositivos da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

O projeto de lei, de autoria do Senador **Magno Malta**, havia sido justificado pela necessidade de superar as limitações das penitenciárias, consignando-se que o monitoramento eletrônico traria vantagens como a economia de recursos e a melhoria da inserção dos condenados, evitando-se a ruptura dos laços familiares e a perda do emprego.

O texto publicado promoveu as seguintes alterações na Lei de Execução Penal: acrescentou o parágrafo único ao artigo 122 e os §§ 1º, 2º e 3º ao artigo 124; e criou os artigos 146-B, 146-C e 146-D, incluídos

na nova Seção VI do Capítulo I do Título V da Lei.

Diversos dispositivos foram objeto de veto pelo Presidente da República, que restou assim motivado: “*A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso.*”

Em síntese, a Lei permite a imposição da fiscalização, por meio da monitoração eletrônica, na saída temporária autorizada no regime semiaberto e no caso de prisão domiciliar. Embora não tenha constado expressamente, presume-se que a decisão judicial que deter-

minar a utilização do equipamento deva ser motivada, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição da República.

Foi afastada a possibilidade de monitoração eletrônica no cumprimento dos regimes aberto e semiaberto, das penas restritivas de direitos, do livramento condicional e da suspensão condicional da pena.

Nesse sentido, foi vetado o parágrafo único do artigo 146-B, o qual dispensava os condenados ao regime aberto do recolhimento noturno e nos dias de folga.

Importa observar que a edição da Lei 12.258/2010 restringe a possibilidade de aplicação da Lei Estadual nº 12.906/2008, do governo paulista, que versou sobre o mesmo tema. De constitucionalidade duvidável - pois, embora afirme estabelecer normas “*suplementares de direito penitenciário*”, trata de direito processual -, a Lei Estadual visou regulamentar a vigilância eletrônica nos casos de prisão domiciliar, proibição de frequência a determinados

lugares, livramento condicional, saída temporária e trabalho externo. Diante dos termos da Lei Federal, conclui-se que a utilização do equipamento no livramento condicional e quando imposta a proibição de frequência a determinados lugares, como pena restritiva de direitos, restou excluída.

No que concerne à obrigatoriedade da monitoração eletrônica, ainda que tenha previsto o consentimento do preso, a Lei Estadual estabeleceu que a vigilância eletrônica seria determinada quando se tratasse de crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, crimes hediondos e aqueles praticados por quadrilha ou bando ou organizações criminosas. A redação dá a entender que a monitoração eletrônica seria obrigatória nesses casos, já que, em relação às demais infrações penais, a Lei permitiu a dispensa do equipamento, desde que o juiz ou tribunal motivadamente o entendesse desnecessário ou inadequado. Tal não é, porém, o sentido da Lei Federal, que *permitiu* ao juiz definir a fiscalização eletrônica, atribuindo-lhe, pois, uma faculdade.

Os deveres do usuário também foram definidos pela Lei Federal posterior, não subsistindo, portanto, os demais deveres estabelecidos pelo artigo 6º da Lei Estadual.

Vê-se que, da maneira como a Lei Federal acabou entrando em vigor, o ordenamento brasileiro acolheu a monitoração eletrônica de condenados apenas excepcionalmente, em hipóteses restritas. Em lugar de buscar o desafogamento das penitenciárias e a solução da ineficácia do regime aberto, a medida mostra-se somente como auxiliar na fiscalização da saída temporária e da prisão domiciliar. Nesses casos, pode-se até vislumbrar alguma utilidade no uso do equipamento, já que essencialmente permite a localização do condenado.

No entanto, a monitoração eletrônica, como inicialmente proposta e como regulamentada pelo governo paulista, representava graves violações ao sistema penal vigente e aos direitos constitucionalmente tutelados, além de não atender aos objetivos visados. Por isso, o veto presidencial exibiu-se apropriado.

Em verdade, a não ser pela localização do condenado, a pulseira eletrônica nada indica, especialmente em relação a sua conduta. Ela não é capaz de evidenciar qualquer reiteração criminosa por parte do condenado nem sua eventual falta de adaptação social.

A substituição do encarceramento, no regime semiaberto, pelo uso da pulseira eletrônica não garantiria maior segurança nem atenderia melhor à função da pena.<sup>(1)</sup>

Ademais, não reduziria a superlotação das penitenciárias. Segundo dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, no final de 2009, o regime fechado contabilizava

174.372 presos, enquanto o regime semiaberto apresentava 66.670 presos.<sup>(2)</sup> A grande maioria dos condenados não teria, assim, oportunidade de evitar o encarceramento por meio da utilização da pulseira eletrônica.

No que diz respeito ao sistema aberto, a monitoração eletrônica teria por fim apenas disfarçar a ineficiência do Estado, que não proporciona o cumprimento da Lei de Execução Penal, com a manutenção de casas de albergado e a promoção de cursos e palestras. Seria um enrijecimento do regime, sem nenhum benefício evidente. Além disso, a fiscalização do condenado contradiria os fundamentos do regime aberto, assentado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado (artigo 36, CP). Da mesma forma, a monitoração não se coaduna com a suspensão condicional da pena e o livramento condicional, posto que se trata de medidas voltadas à reinserção social do condenado, fiando-se na sua autodeterminação.

Por fim, não se pode concordar com a avaliação do relator do processo legislativo, Senador **Demóstenes Torres**, de que o dispositivo não ofenderia a integridade do preso. Ora, é intuitiva a ideia de que um equipamento atrelado ao corpo em tempo integral afeta o estado psicológico da pessoa e impede a superação da lembrança da má conduta, prejudicando sua readaptação. Constitui, ainda, forma de cumprimento de pena incidente sobre o próprio corpo do condenado. Desse modo, é de se concluir que a monitoração eletrônica - mormente se entendida como uma condição adicional para a liberdade e não como substitutivo da prisão - afronta a integridade moral do indivíduo e caracteriza pena degradante, em oposição ao postulado constitucional (artigo 5º, XLVII e XLIX).<sup>(3)</sup>

## NOTAS

- (1) "No regime semi-aberto, equilibram-se as preocupações com a segurança e a confiança outorgada ao condenado, pois caracteriza-se o regime exatamente por um espaço de liberdade despreocupado com medidas físicas impeditivas da fuga, seja em razão do tipo de estabelecimento em que se cumpre a pena, seja pelo direito de saída possível de ser concedido" (Miguel Reale Junior, *Instituições de Direito Penal: Parte Geral*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 343).
- (2) Mais de 40% dos presos no Brasil ainda aguardam julgamento, in <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/06/mais-de-40-dos-presos-no-brasil-ainda-aguardam-julgamento21052010.html>, divulgado em 21 de junho de 2010.
- (3) Como assevera Miguel Reale Junior, "a História do Direito Penal é a história de um largo processo de humanização da repressão" (*Instituições de Direito Penal: Parte Geral*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 327).

## Denise Provasi Vaz

Doutoranda e mestre em Direito Processual Penal pela USP.

Membro do ASF - Instituto de Estudos Avançados de Processo Penal. Advogada.

**Em síntese, a Lei permite a imposição da fiscalização, por meio da monitoração eletrônica, na saída temporária autorizada no regime semiaberto e no caso de prisão domiciliar.**

## O STF, A INSIGNIFICÂNCIA E O HABEAS CORPUS

Mohamad Mahmoud

A par de reverenciar a contribuição do STF para o aprimoramento do Direito Penal brasileiro, objetivando-se fomentar o debate científico, pede-se vênua para formular críticas ao tratamento dispensando pela Corte Constitucional ao princípio da insignificância.

De saída, colaciona-se o seguinte precedente que, hoje, é uma referência:

*“PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA (...) PEDIDO DEFERIDO.*

*(...) O princípio da insignificância (...) tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (...)* (HC 84412, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T, DJ 19.11.2004, g.n.).

Como será demonstrado, a diretriz contida no julgado tem conduzido a situações inusitadas.

Os acima sublinhados vetores para identificação do caráter bagatela da imputação culminaram por autorizar incursão no *meritum causae*, no seio do *habeas corpus*, muitas vezes para denegá-lo.

Ora, é cediço que, no *writ*, não é possível adentrar temas de mérito. Desta forma, se ao Judiciário não é dado ingressar em matéria fática para conceder a ordem, com maior razão não deveria fazê-lo para denegá-la, como se percebe do seguinte julgado:

*“Habeas corpus. (...) Princípio da Insignificância. Vetores caracterizadores não supridos. (...) Para a aplicação do princípio da insignificância, é necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a inequívoca constatação de seus vetores, que são (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a ausência de periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (...) Ordem denegada”* (HC 90747, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., DJe-237, 18.12.2009, g.n.).

Pois bem. Com o critério quadripartido em tela, abertas estão as portas para considerações várias que se prestam à manutenção de ações penais a despeito da ínfima lesividade.

Neste cenário, os limites do princípio em foco devem ser aclarados. Não se está a cuidar, como ocorre na *adequação social da conduta*, de fato que, malgrado formalmente típico, passa a ser simpático ao agrupamento social. Diferentemente, aqui, o comportamento desveste-se de tipicidade dada a diminuta repercussão valorativa.

Divisa-se, por conseguinte, um equívoco no emprego de categorias dogmáticas. O precedente, apesar de vincular a insignificância à tipicidade, reporta-se a aspecto ínsito à culpabilidade: o *grau de reprovabilidade do comportamento*. Lembre-se, com **Fragoso**, que a culpabilidade *“consiste na reprovabilidade da conduta ilícita”*.<sup>(1)</sup> Culpabilidade que não figura apenas como fundamento da pena, mas também como seu limite. Nesta última vertente, comparece no art. 59 do CP como modalizador da primeira fase da individualização da reprimenda - âmbito que se distancia mais acentuadamente da tipicidade.<sup>(2)</sup>

Prossegue-se, então, no estudo do paradigma do STF. Com os avanços alcançados pela Lei 7.209/84, também não seria adequado tratar-se, ainda mais na tipicidade, de *periculosidade social da ação*. É sabido: o juízo de periculosidade, atualmente reservado aos inimputáveis, a bem da proscrição do duplo binário, não pode ser destinado a agentes capazes. Pensar o contrário é afastar-se do direito penal do fato, reprimendo-se pelo *ser* e não por condutas concretas, iluminadas pela culpabilidade. Lembre-se: *“Dentro da concepção positivista elaborada por Ferri, delito não é a conduta de um homem, mas o sintoma ou sinal de um mecanismo avariado: o delito é sintoma de periculosidade. (...) daí propor-se a busca de outros sintomas que, na época, foram englobadamente chamados de má vida, um conjunto de todos os comportamentos que não correspondiam à vertical disciplina policial da sociedade industrial, traduzível na livre punição do mero portador do estereótipo”*.<sup>(3)</sup> Nesta toada, é sintomático, também, que se aplique o princípio em relação a dois bens jurídicos destacadamente, vindo ele a ser afastado, todavia, quando os valores se acham combinados (crime complexo). No roubo, ele é rechaçado; no entanto, é aceito, isoladamente, no furto<sup>(4)</sup> e na lesão corporal:

*“(...) ‘inaplicável o princípio da insignificância ao delito de roubo (art. 157, CP), por se tratar de crime complexo, no qual o tipo penal tem como elemento constitutivo o fato de que a subtração de coisa móvel alheia ocorra mediante grave ameaça ou violência à pessoa, a demonstrar que visa proteger não só o patrimônio, mas também a integridade pessoal’ [AI n. 557.972-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 31.03.2006]. Ordem denegada”* (HC 95174, Rel. Min. Eros Grau, 2ª T., DJe-053, 20.03.2009). *“1. O princípio da insignificância é aplicável no âmbito da Justiça Militar de forma criteriosa e casuística. (...) 2. Lesão corporal leve, consistente em único soco desferido pelo paciente contra outro militar, após injusta provocação deste. O direito penal não há de estar voltado à*

*punição de condutas que não provoquem lesão significativa a bens jurídicos relevantes, prejuízos relevantes ao titular do bem tutelado ou, ainda, à integridade da ordem social. Ordem deferida”* (HC 95445, Rel. Min. Eros Grau, 2ª T., DJe-152, 14.08.2009).

Pode-se contra-argumentar que no precedente matriz, HC 84.412, estar-se-ia a cuidar não de *agente perigoso*, mas de *ação perigosa*. Entretanto, mesmo nos crimes de perigo, o referencial não é a conduta *tout court*, mas o bem jurídico que a deve imantar. Ora, por mais que um agir possa ser tachado por algum setor da sociedade como *perigoso*, caso esse não se vincule à exposição do valor a risco, não será ele relevante para o Direito Penal. Daí acredita-se que, na análise da insignificância, desfocar a discussão para o campo do agente, ou da *periculosidade da ação* per si, é alargar demasiadamente o poder punitivo.<sup>(5)</sup> Se num delito de dano, como o furto, havendo minúscula lesão, cessa a intervenção repressiva, que dirá em hipóteses de crime de perigo no qual o objeto material for inexpressivo.

Vale lembrar a seguinte discussão no âmbito da 1ª Turma do STF sobre o caráter bagatela no crime de tráfico, de pessoa portando 0,5g de maconha: *“O Min. Ricardo Lewandowski, relator, denegou a ordem. Enfatizou que ocorreria a presunção de perigo do delito da própria conduta do usuário, pois, ao adquirir a droga para seu consumo, realimentaria esse comércio, pondo em risco a saúde pública. Ressaltou, ainda, a real possibilidade de o usuário vir a se tornar mais um traficante, em busca de recursos para sustentar seu vício. Observou, por fim, que — por se tratar de crime no qual o perigo seria presumido — não se poderia falar em ausência de periculosidade social da ação, um dos requisitos cuja verificação seria necessária para a aplicação do princípio da insignificância”*.<sup>(6)</sup>

Note-se, também, que, na jurisprudência, a periculosidade do agente e a da conduta estariam amalgamadas: *“A periculosidade do agente encontra-se ínsita na própria ação criminosa por ele desenvolvida, em face da grave repercussão social de que se reveste qualquer comportamento ilícito associado ao tráfico de entorpecentes”*.<sup>(7)</sup> Sem falar da constante referência à periculosidade do sujeito para manutenção do encarceramento cautelar.<sup>(8)</sup>

Desse modo, tem-se utilizado da culpabilidade e da periculosidade para afastar o princípio que, com tais conceitos, não se relaciona.

Portanto, não se deve embrenhar na censurabilidade do agente ou de sua conduta, mas, apenas, ter em linha de consideração o grau de ataque ao escopo de proteção.

Como tal cautela não tem sido tomada, verifica-se patente sensação de insegurança jurídica. A celeuma evidencia-se, *v.g.*, ao se

comungar com a incidência do princípio para trancar ação penal por delito contra a Administração Pública, na sua vertente fiscal (descaminho), para débitos de até dez mil reais,<sup>(9)</sup> negando, entretanto, sua aplicação, em níveis tais, nos crimes contra a Previdência Social.<sup>(10)</sup> O fundamento, nesse último caso, seria a natureza supraindividual da lesão. Não obstante, tem-se aceitado o trancamento em delitos contra o meio ambiente:<sup>(11)</sup> exemplo clássico de interesse difuso.

Assim, como forma de se conferir mais uniformidade ao tratamento, tanto da insignificância quanto do *habeas corpus*, cumpre promover-se apreciação de caráter objetivo, ainda mais quando se entender por denegar a ordem, sob o risco, inclusive, de, já se reconhecendo reprovabilidade

no comportamento, antecipar-se juízo a ser empreendido na fixação da pena base.

Seja qual for a definição que se atribua ao princípio da insignificância, mais ou menos ampla,<sup>(12)</sup> certo é que não se pode admitir a invasão de categorias que são estranhas à tipicidade.

## NOTAS

- (1) *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed., atual. por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 240.
- (2) **REALE JR., Miguel**. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I, p. 186.
- (3) **ZAFFARONI, Eugenio R.** et. al. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I, p. 577.
- (4) *HC 96688*, Rel. Min. **Ellen Gracie**, 2ª T., DJe-99, 29.05.2009.
- (5) Cf. **BOTTINI, Pierpaolo**. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São

Paulo: RT, 2007, p. 244.

- (6) *HC 102940/ES*, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, 24.08.2010. Informativo 597.
- (7) *HC 67750*, Rel. Min. **Celso de Mello**, 1ª T., DJ 09.02.1990, p. 574.
- (8) *HC 102264*, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, 1ª T., DJe-145, 06.08.2010.
- (9) *HC 100177*, Rel. Min. **Ayres Britto**, 1ª T., DJe-154, 20.08.2010.
- (10) *HC 98021*, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, 1ª T., DJe-149, 13.08.2010.
- (11) *AP 439*, Rel. Min. **Marco Aurélio**, Pleno, DJe-030, 13.02.2009.
- (12) Cf. **FRANCO, Alberto S.** *Código penal e sua interpretação*. 8. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: RT, 2007, p. 58-60.

**Mohamad Mahmoud**

Doutor e mestre em Direito Penal pela USP.  
Professor do IDP/DF.

## PARTICIPE POR ACREDITAR

### VI SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE BROTAS - BROTAS / SP 26 E 27 DE NOVEMBRO DE 2010

**Apoio de Divulgação:** Departamento de Cultura e Eventos da OAB SP.

**Local:** Sindicato Rural de Brotas - Rua Américo Piva, 180 - Chapada dos Guimarães - Brotas / SP.

**Informações e inscrições:** angelicadalasta@mmol.com.br ou (14) 3653-9800.

**Valor da inscrição:**

R\$ 20,00 Profissionais

R\$ 10,00 Estudantes de graduação

*Importante: O valor das inscrições será revertido para APAE de Brotas - SP.*

**Programação:**

**26 de novembro de 2010 (sexta-feira):**

19h00 - Abertura

Sérgio Mazina Martins

19h15 - "Violência de Gênero"

Angélica de Almeida

*Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com assento na 12ª Câmara de Direito Criminal;*

*Mestra em Direito Processual Penal - USP;*

*Coordenadora do Projeto de instalação do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.*

20h40 - "Crimes Ambientais"

Helena Regina Lobo da Costa

*Professora Doutora da Faculdade de Direito da USP;*

*Professora da Pós-Graduação da GV Law;*

*Advogada em São Paulo.*

**27 de novembro de 2010 (sábado):**

09h00 - "Adolescente em conflito com a Lei"

Berenice Maria Giannella

*Procuradora do Estado de São Paulo;*

*Mestre em Direito Processual Penal pela USP;*

*Presidente da Fundação Casa - SP.*

10h25 - "Assistência Judiciária"

Daniela Sollberger Cembranelli

*Defensora Pública-Geral do Estado de São Paulo;*

*Procuradora do Estado de 1993 a 2006;*

*Coordenou o Núcleo Especializado de Segunda Instância e Tribunais Superiores da Defensoria Pública no período de 2006 a 2010;*

*Professora de Direito Processual Penal.*

## A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E A REGÊNCIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROJETO 156/2009-PLS

Rafael Serra Oliveira

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E A REGÊNCIA DO SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROJETO...

Os sistemas acusatório e inquisitório puros nasceram em ambientes históricos distintos, cada qual se adequando às necessidades das castas dominantes.

Historicamente, ambos os sistemas remontam ao Direito grego. O modelo processual acusatório consagrado na democracia ateniense dos séculos V e IV a.C - fundado na divisão entre as atividades de acusar e julgar, na publicidade e oralidade dos atos e no contraditório -, só vigorou após as reformas legislativas promovidas por Sólon por volta de 640 a.C.. Anteriormente, “o processo estava organizado sob um modelo inquisitivo, onde os magistrados eram encarregados de iniciar, instruir e julgar o processo”.<sup>(1)</sup>

Por sua vez, o Direito romano, em razão da sucessão dos sistemas políticos monárquico, republicano e imperial, caracterizou-se pela alternância entre os sistemas acusatório e inquisitório, pois, como bem frisou **Goldschmidt**, “*Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general*”.<sup>(2)</sup>

Os sistemas processuais na antiga Roma foram se alternando paulatinamente. Durante a Monarquia (753 a.C. a 509 a.C.) o poder estava concentrado nas mãos do Rei.

Segundo **Maier**,<sup>(3)</sup> somente ao final desse período deu-se início a uma pequena descentralização: magistrados (*duumviri*) eram indicados e substituíam o monarca para, em seu nome, levarem a cabo uma instrução sumária (*cognitio*) e emitirem o veredicto final. No entanto, tratava-se ainda de uma forma primária do sistema inquisitório.

A mudança no sistema processual adotado na monarquia começou a tomar corpo quando, já pela influência de ares republicanos, permitiu-se “*la facultad de alzarse contra la decisión del rey o los magistrados, conocida como provocatio ad populum, derecho que competía, en principio, a los ciudadanos varones para provocar la reunión de la Asamblea popular a fin de evitar las consecuencias perjudiciales de la decisión del inquisidor público*”.<sup>(4)</sup>

Após a transição para a república (509 a.C.-27 a.C.), as reformas se consolidaram com a edição de leis<sup>(5)</sup> que conservaram a possibilidade de intervenção da assembleia popular, transferindo lentamente o poder de julgar dos magistrados - os quais ainda exerciam todas atividades processuais - para o povo, que, por meio dos Tribunais Populares (*comicios*), podia anular as condenações.

A evolução do Direito romano em direção ao sistema acusatório se completou com a redução do papel estatal à função jurisdicional em sentido estrito, enquanto a acusação

era exercida por um membro voluntário da coletividade (*accusatio*).

Esse processo histórico culminou na consagração do sistema acusatório estruturado no “*proceso romano de la Alta República, cuyas notas esenciales fueron las de acusación realizada por persona distinta al juez, publicidad de todo el procedimiento, oralidad, paridad absoluta entre los derechos del acusador y del imputado, aportación de pruebas a cargo de las partes y libertad personal del acusado*”.<sup>(6)</sup>

Ocorre que, com nova alteração do sistema político, desta vez para o Império (27 a.C.- 476 d.C.), a intervenção popular no processo foi sendo gradualmente suprimida até a retomada pelo Estado das funções de acusar e julgar (*cognitio extra ordinem*).

A partir daí, os magistrados passaram a iniciar de ofício as acusações, instruir e julgar o processo. Os atos eram escritos e secretos. Como bem aponta **Vélez Mariconde**,<sup>(7)</sup> essa foi a semente do sistema inquisitório que desabrochou no século XIII com o Direito Canônico.

Durante a Idade Média (476 a 1453) vigorou o direito local ditado pelos Senhores Feudais. Enquanto isso, a Igreja manteve sua estrutura hierarquizada e centralizada, fortalecendo-se pela detenção do poder econômico (propriedária de terras) e espiritual (intermediária entre o homem e Deus), bem como pelo monopólio do conhecimento desenvolvido nas recém-criadas Universidades, locais em que, entre outras coisas, desenvolvia-se o estudo do Direito Romano Imperial.

O fim da Idade Média foi marcado pelas disputas entre Reis e Senhores Feudais que culminaram com o retorno do poder às mãos dos Monarcas, os quais, embora vitoriosos, saíram enfraquecidos e foram obrigados a firmar aliança com a estruturada Igreja Católica.

Desse modo, o poder eclesiástico se difundiu por toda Europa Continental - desenvolvia-se na Inglaterra o *Common Law* - e, conseqüentemente, o Direito Canônico, composto pelas ideias embrionárias do sistema inquisitivo.

Aos poucos, então, foi-se outorgando “*competencia a la jurisdicción eclesiástica para juzgar ataques directos contra la fe (por ej., herejía), pero se terminó extendiendo esa característica a una gran cantidad de infracciones, circunstancia que le abrió la posibilidad de juzgar a cualquier infractor que aparecía como contrario a los intereses de la Iglesia*”.<sup>(8)</sup>

Os ideais iluministas (séc. XIII) e a Revolução Francesa (1789) abrandaram um pouco as técnicas processuais da inquisição, adotando-se o que se chama de sistema misto. O *Code d'Instruction Criminelle* de Napoleão (1808) foi o primeiro a dividir a persecução em fase pré-processual e processual - com juízes diferentes em cada uma delas - e voltou a distinguir acusador e julgador.

Nesse contexto, para manter seu domínio, a Igreja passou a perseguir os hereges - todos que se opunham, de qualquer forma, ao seu poder - e, para isso, reuniu sua cúpula no IV Concílio de Latráo (1215) e fez opção pelo uso da força. A isso, seguiu-se a Bula de Gregório IX (*Ex Excomuniemos*, em 1231) e a Bula de Inocêncio IV (*Ad Extirpanda*), instituindo de vez o sistema inquisitório fundado, segundo **Leone**,<sup>(9)</sup> na disparidade de poderes entre *juiz-acusador* e acusado, na vitaliciedade do juiz, na aquisição e valoração das provas pelo magistrado independente da atuação das

partes e no processo escrito e secreto. Os ideais iluministas (séc. XIII) e a Revolução Francesa (1789) abrandaram um pouco as técnicas processuais da inquisição, adotando-se o que se chama de sistema misto. O *Code d'Instruction Criminelle* de Napoleão (1808) foi o primeiro a dividir a persecução em fase pré-processual e processual - com juízes diferentes em cada uma delas - e voltou a distinguir acusador e julgador. No entanto, o sistema inquisitório continuava predominante, pois ao magistrado era facultado interferir ilimitadamente na atividade probatória. Não fosse assim, não serviria à tirania de Napoleão. Tal sistema misto predominantemente inquisitivo também serviu de sustentação para os regimes ditatoriais latino-americanos do século XX, pois “*il regime politico totalitario trova nel sistema processuale inquisitorio lo strumento di potere più efficace*”.<sup>(10)</sup>

No Brasil não foi diferente. O Código de Processo Penal de 1941, editado sob a ditadura do Estado Novo, como não poderia deixar de ser, manteve a predominância do sistema inquisitório ao atribuir ao juiz a prática de atos característicos da acusação como a decretação de ofício da prisão preventiva

(artigo 311), da busca e apreensão (artigo 242), do sequestro (artigo 127); além da participação ativa na instrução para realizar praticamente qualquer diligência (artigo 156, I e II), inclusive substituir a acusação para ouvir testemunhas não arroladas (artigo 209).

Ocorre que, após a promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico pátrio não comporta mais os ranços do sistema inquisitório. As bases do sistema processual proposto pela Carta Magna estão calcadas nos princípios acusatórios da separação entre acusador e julgador, exercício da ação penal privativa do Ministério Público, imparcialidade e livre convencimento do juiz, motivação das decisões, ampla defesa, contraditório, oralidade e publicidade dos atos judiciais, entre outros.

Apesar de compreendermos que “a interiorização dos postulados constitucionais é sempre lenta”,<sup>(11)</sup> a absorção dos preceitos do sistema acusatório já se completou. É o que se percebe pelas recentes manifestações dos Tribunais pátrios que impõem a vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público<sup>(12)</sup> e impossibilitam a produção de prova oral pelo juiz nas hipóteses em que a acusação não arrolou testemunha.<sup>(13)</sup>

Imbuída desse espírito, a comissão de notáveis que elaborou o projeto do novo Código norteou seus trabalhos na busca de um processo democrático regido pelo sistema acusatório “que, sem qualquer exagero, (pode) ser considerado sua coluna vertebral”.<sup>(14)</sup>

São perceptíveis, no corpo do Projeto 156/2009-PLS, algumas mudanças com relação ao modelo atual. Logo de início, o artigo 4º indica expressamente que “o processo

penal terá estrutura acusatória”, vedando ao juiz a “substituição da atuação probatória do órgão da acusação”. Se assim aprovado, de uma vez por todas, a iniciativa probatória estará a cargo das partes.

Além disso, surge o juiz de garantias na fase de investigação, cuja limitada e importante função é o “controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais...” (artigo 15).

Na fase processual, por sua vez, um juiz diferente do de garantias possui atuação apenas complementar à das partes na instrução, seja no esclarecimento de dúvida sobre prova produzida (artigo 162 e parágrafo único), seja na inquirição de testemunhas (artigo 175, parágrafo único). A atuação decisiva do magistrado é reservada à justa e imparcial prestação jurisdicional.

Lógico que podemos ir além e, por exemplo, impedir que o juiz condene contra o pedido do MP (possibilidade prevista no artigo 409 do PLS). E é esse o desafio que a edição do novo Código de Processo Penal impõe ao legislador: a necessidade de seguir o fluxo histórico/evolutivo e os ditames constitucionais para romper as amarras seculares do sistema inquisitório e instituir o processo democrático indicado pela comissão de notáveis sob a regência do sistema acusatório.

Conclui-se, então, que cabe ao legislador cumprir sua função de adequar as leis à Constituição para garantir ao réu um processo regido pelo sistema acusatório. O investigado deve ser um sujeito de direitos, pois, caso contrário, não vamos evoluir, manteremos o sistema inquisitório no qual o “réu vira um pecador; logo, detentor de uma ‘verdade’ a ser extraída”.<sup>(15)</sup>

## NOTAS

- (1) **ANDRADE, Mauro Fonseca.** *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.* Curitiba: Juruá, 2008. p. 51.
- (2) **GOLDSCHMIDT, James.** *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal.* Barcelona: Bosch, 1935. p. 67.
- (3) **MAIER, Julio B. J.** *Derecho procesal penal: I. fundamentos.* 2. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 274-275.
- (4) **MAIER, Julio B. J.** ob. cit. p. 275.
- (5) Lei de Valério Publicola, Lei das XII Tábuas, Lei Pórcia e Lei de Caio.
- (6) **SENDRA, Vicente Gimeno.** *Derecho procesal penal.* 2. ed. Madrid: Colex, 2007. p. 95.
- (7) **MARICONDE, Alfredo Vélez.** *Derecho procesal penal.* t. I. 3. ed. Córdoba: Lerner, 1986. p. 52.
- (8) **MAIER, Julio B. J.** ob. cit. p. 291.
- (9) **LEONE, Giovanni.** *Tratado e derecho procesal penal.* t. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. p. 24.
- (10) **TONINI, Paolo.** *Manuale di procedura penale.* 9. ed. Milano: Giuffrè, 2008. p. 11.
- (11) **LOPES JR., Aury.** *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.* v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 76
- (12) TJMG, Ap. 1.0625.07.073217-1/001, 5ª Câmara Crim. Rel. Des. **Alexandre Victor de Carvalho**, j. 29.03.2010, DJ 19.04.2010.
- (13) STJ, HC 143.889, 6ª T., Rel. Min. **Nilson Naves**, DJe 21.06.2010.
- (14) **ANDRADE, Mauro Fonseca.** O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. In: *Revista de Informação Legislativa*, Ano 46, nº 183, jul./set. 2009, p. 168.
- (15) **COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda.** Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: *Revista de Informação Legislativa*, Ano 46, nº 183, jul./set. 2009, p. 105.

**Rafael Serra Oliveira**

Especializando em Direito Penal Econômico pela FGV-SP. Membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Advogado criminalista em São Paulo.

## PARTICIPE POR ACREDITAR

### MANIFESTO CONTRA A PENA DE MORTE

**Carta de São Paulo: Em favor da abolição ou moratória universal da pena de morte.**

**Ação coordenada pela Comissão de Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais do IBCCRIM.**

Como narrado pelo Prof. Sérgio Salomão Shecaira, em seu artigo *A abolição da pena de morte no Brasil*, publicado no *Boletim IBCCRIM*, realizou-se em Madrid um Colóquio Internacional para abolição da Pena de Morte, de 9 a 11 de dezembro de 2009, “sob os auspícios da Universidade Castilla-La Mancha, do Instituto Penal Europeu e Internacional e do Governo Espanhol (Ministério da Presidência). Na sequência, de 22 a 24 de fevereiro de 2010, fez-se realizar, em Genebra, novo encontro para aprofundar tais discussões. Estes conchaves são parte de uma grande campanha internacional para abolição da Pena de Morte em todo o mundo”.

Em agosto de 2010, os mais de mil juristas reunidos no 16º Seminário Internacional do IBCCRIM, por aclamação, aprovaram a Carta de São Paulo em favor da abolição da pena de morte, a ser dirigida ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) para lembrá-lo de sua responsabilidade em garantir o estrito cumprimento das salvaguardas estabelecidas pela ONU para os países que ainda hoje mantêm a pena capital, assim como para encarecer-lhe que faça o quanto possa para que a Assembleia Geral da ONU confirme a resolução pela moratória universal, como caminho para a abolição e em favor da ratificação geral do Segundo Protocolo Opcional do Pacto de Direitos Civis e Políticos até 2015.

O IBCCRIM, por meio de sua Comissão Especial de Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais, disponibilizou em seu Portal ([www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)) o inteiro teor da Carta de São Paulo, bem como um abaixo-assinado eletrônico intitulado “Manifesto contra a Pena de Morte”, que instruirá aquela Carta quando enviada à ONU.

**Não deixe de participar dessa iniciativa, assine já o manifesto disponível no Portal IBCCRIM e contribua para a extinção da pena capital em todo o mundo.**

## OS EFEITOS REFLEXOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF QUE PERMITIU A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PARA OS CONDENADOS POR TRÁFICO DE ENTORPECENTE

Ticiano Figueiredo

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 97.256, declarou inconstitucional o texto do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, que vedava a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito àqueles cidadãos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, cuja pena final restasse fixada em quatro anos ou menos de reclusão.

Conforme se depreende do voto de minerva proferido pelo eminente Ministro **Cezar Peluso** naquele julgamento, a Corte Constitucional entendeu que a mera vedação legal de conversão da pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, em razão da natureza do crime, usurparia as funções do Poder Judiciário, impedindo o magistrado de individualizar em cada caso a aplicação da pena, constituindo, assim, manifesta ofensa ao artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Segundo o Presidente do Supremo Tribunal Federal, a vedação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 iria de encontro ao ordenamento jurídico pátrio, eis que este hospeda um sistema de alternativas condicionadas de pena, “ou seja, o sistema prevê como tal uma série de penas condicionadas a um conjunto de requisitos, diante dos quais o Juiz deve decidir pela aplicação da pena adequada ao caso concreto”, concluindo, ainda, o eminente Ministro, que “a lei não pode, sem alterar todo o sistema, impedir a escolha judicial pela só referência à natureza jurídica do crime”, pois “a natureza do crime não compõe o âmbito dos critérios de individualização da pena”.<sup>(1)</sup>

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da vedação legal de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito prevista na Lei de Tóxicos, reconhecendo a ofensa daquela norma ao princípio da individualização da pena.

Tal princípio, consagrado expressamente em nossa Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLVI, surge no ordenamento jurídico, em uma primeira fase, quando o legislador delimita aquelas condutas positivas ou negativas que irão fazer parte do pequeno âmbito de abrangência do Direito Penal.<sup>(2)</sup>

Nesse primeiro momento, o legislador, observando o princípio da fragmentariedade, escolhe aquelas condutas que serão protegidas pelo Direito Penal, criando um tipo penal, escolhendo as penas mínima e máxima absolutamente aplicadas ao delito.

Já em um segundo momento, o princípio da individualização da pena norteia o Poder Judiciário na aplicação da sanção no caso con-

creto, sentenciando, de forma justa, o condenado. Ou seja, a individualização, quando da fixação da pena final, constitui justa aplicação da sanção penal, “evitando-se a intolerável padronização e o desgaste da uniformização de seres humanos, como se todos fossem iguais uns aos outros, em atitudes e vivências”.<sup>(3)</sup>

A “individualização legal”, portanto, se restringe a prever espécies de crime, enquanto a individualização judicial conhece e diferencia o condenado.<sup>(4)</sup>

É em atenção ao princípio da individualização da pena que cidadãos e situações diferentes são tratados de forma diferentes perante o direito penal, caracterizando, assim, a expressão do princípio da isonomia substancial.

No caso, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito para aqueles condenados por tráfico de droga e beneficiados pela causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, nada mais fez do que reconhecer a inconstitucionalidade da (não) individualização da pena feita pelo legislador quando da elaboração da Lei de Tóxicos.

Ora, não é dado ao legislador se arvorar na condição de juiz e criar uma vedação legal genérica e abstrata que desconsidera as circunstâncias específicas do caso concreto, impedindo, assim, o Poder Judiciário de exercer suas funções de controle e individualização da pena.

Note-se que o posicionamento firmado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256 há muito já vinha sendo adotado por outros juízos, como, por exemplo, pelo r. Juízo da 1ª Vara Criminal de Tabatinga,<sup>(5)</sup> no qual a questão do tráfico de drogas é endêmica e seria inconstitucional dar tratamento idêntico ao cidadão que vendeu uma “trouxinha” de droga - que contém cerca de um grama de cocaína - e àquele indivíduo que transportou toneladas de entorpecentes pela fronteira de outro país.

Com muito acerto, portanto, a decisão tomada pelo colendo Supremo Tribunal Federal ao diferenciar o traficante contumaz daquele que se viu eventualmente envolvido na mercancia de entorpecentes, possibilitando, portanto, a ressocialização do condenado e

o efetivo cumprimento dos pilares da pena.

A questão, então, é saber qual o alcance da decisão proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256. Estaria esta restrita à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e, por conseguinte, àqueles cuja pena restou fixada no patamar igual ou inferior a quatro anos de reclusão?

Entendemos que não. De fato, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito só é possível aos condenados à pena de segregação corporal igual ou inferior a quatro anos, pois assim dispõe o artigo 44 do Código Penal.

Contudo, há que se levar em consideração que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar inconstitucional a referida vedação legal, permitindo o “mais” - a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito - para os condenados pela prática do

crime previsto no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, indiretamente também permitiu o “menos”, ou seja, a fixação de um regime inicial de cumprimento de pena diferenciado para todos aqueles condenados nesses termos por esse crime.

Ora, se aquele cidadão condenado, nos termos do artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, poderá cumprir a sua pena em liberdade, seja prestando serviço à comunidade, seja mediante o pagamento de pecúnia, com muito mais razão poderá cumpri-la em regime aberto ou semiaberto, eis que, quem pode o “mais”, pode o “menos”.

Dessa forma, a despeito do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* nº 97.256, privilegiando o princípio da individualização da pena nos casos de condenados pelo crime previsto no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não apenas possibilita a substituição da sanção corporal pela restritiva de direito, como também permite ao juiz, em atenção ao mencionado princípio e às demais garantias constitucionais, individualizar o regime inicial de cumprimento de pena para cada cidadão condenado pela prática do referido crime.

Frise-se que não se discute, aqui, a constitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº

É em atenção ao princípio da individualização da pena que cidadãos e situações diferentes são tratados de forma diferentes perante o direito penal, caracterizando, assim, a expressão do princípio da isonomia substancial.

8.072/90, mesmo porque essa já foi reiteradas vezes confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

O que se nota é que, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 97.256, a Corte Constitucional criou a figura do “tráfico privilegiado” que, tal como o homicídio privilegiado-qualificado, não se rende aos rigores da lei dos crimes hediondos diante da sua manifesta incompatibilidade axiológica.<sup>(6)</sup>

Mas ainda é possível ir mais além com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Ora, uma vez se permitindo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a fixação de regime inicial diferente do fechado e afastando, por conseguinte, a hediondez do crime previsto no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei nº 11.343/2006, é incontroverso que a recentíssima decisão proferida pelo Pretório Excelso alterou, também de forma reflexa, a execução da pena dos condenados pela prática desse delito, mormente no tocante à progressão do regime.

No caso, a progressão do regime inicial de cumprimento de pena não mais se regulará pelo artigo 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90 - a qual dispõe que a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes hediondos, dar-se-á

após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente - mas sim pelo artigo 112 da Lei de Execuções Penais, o qual dispõe que “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário”.

É incontroverso, portanto, que, interpretando-se dessa forma os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, esta não apenas se atentou ao princípio da individualização da pena, como também à própria função social da sanção, eis que o chamado “traficante eventual” sofrerá de forma menos intensa os efeitos danosos do falido sistema carcerário, aumentando-se, assim, suas chances de ressocialização.

Merece aplausos, portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal que, respeitando o princípio da individualização da pena, constitucionalmente garantiu, conseguiu dar tratamento distinto aos diferentes casos de cidadãos condenados por tráfico, permitindo, assim, diferenciar o traficante eventual daquele mercador contumaz de entorpecentes.

Resta agora torcer para que os magistrados de primeiro grau e desembargadores apliquem a referida decisão, em todos os seus efeitos, diretos e indiretos, dando um suspiro de garantismo ao direito penal brasileiro.

## NOTAS

- (1) Voto preferido pelo eminente Ministro **Cezar Peluso** nos autos do *Habeas Corpus* nº 97.256, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Grifos nossos.
- (2) **GRECO, Rogério**. In: *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, Impetus, 7. ed., 2006, p. 74.
- (3) **NUCCI, Guilherme de Souza**. In: *Princípios Constitucionais Penais e Enfoques Processuais Penais*, RT, 2010, p. 159.
- (4) **SALEILLES, Raymond**. In: *A Individualização da Pena*, Rideel, 1ª edição traduzida, p. 185.
- (5) Processo nº 33/2010 (Inquérito nº 56/2010), entre outros.
- (6) STJ, HC nº 153.728/SP, Rel. **Felix Fischer**, DJ 31.05.2010.

### Ticiano Figueiredo

Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra.  
Secretário-Geral do Instituto de Garantias Penais.  
Coordenador de Processo Penal da Escola Superior da Advocacia da OAB/DF. Advogado.

## “O FIM DAS CERTEZAS”<sup>1</sup> (ATÉ DAS JURÍDICAS?)

Raquel Lima Scalcon

O conhecido físico **Albert Einstein** sustentou veementemente que “*Deus não joga dados com o Universo*”. Quando assim afirmou, ele pretendia obstaculizar o ingresso da probabilidade dentro do campo da Física. Ocorre que **Einstein** ainda estava, em parte, arraigado aos conceitos da Física Clássica, de modo a negar, com a referida assertiva, aquilo que ajudou a construir: a Física Quântica.

Quando **Stephen Hawking** pegou de empréstimo a conhecida frase de **Einstein** e lhe retirou o “*não*”, estava ele, metaforicamente, afirmando que a probabilidade também está presente na Física. É dizer: não mais se sustenta o paradigma da Física Clássica, que trabalhava - e acreditava - em leis certas, eternas, e, portanto, imutáveis, e em processos reversíveis e, por conseguinte, *atemporais*.

Nesse horizonte, nada mais simbólico que a denominação que o físico-químico **Ilya Prigogine**, ganhador do Prêmio Nobel, conferiu a uma de suas obras: “*o fim das certezas*”. Era essa morte que **Einstein** não suportava. Não obstante, desde o desenvolvimento da teoria de **Prigogine** sobre as “*estruturas dissipativas*”, as “*certezas*” supostamente atribuídas às leis da Física foram duramente abaladas. Com tal teoria, sustentou a existência de sistemas instáveis na natureza, os quais podem sofrer reações imprevisíveis que os conduzem a um

novo estado. Estado, este, irreversível.<sup>(2)</sup>

O ingresso dessas três novas variáveis - instabilidade, imprevisibilidade e irreversibilidade -, na compreensão da Ciência e da Física, provocaram uma revolução. Ao trabalhar com a instabilidade e a imprevisibilidade dos sistemas, passamos do certo ou do determinado ao incerto e ao “apenas” provável. Quando, da mesma forma, encontramos processos irreversíveis na natureza, ela, em certo sentido, também se torna produto da história:<sup>(3)</sup> tem passado, presente e futuro. Não se está, pois, diante de processos reversíveis e, portanto, atemporais. Quebrava-se, assim, o mundo idealizado da Física.

Não obstante, no mundo jurídico, no qual se vivencia com grande intensidade essas mesmas variáveis, as ambições de certeza, segurança, previsibilidade e verdade paradoxalmente persistem. Falamos em “verdade real”, ou, na sua versão mais moderna, “verdade processual”. Desejamos a “segurança jurídica”, que é nada além da busca da “previsibilidade”, de uma quase “certeza”, tanto no que tange à interpretação da norma quanto à sua aplicação pelo juiz. Criamos até Súmulas Vinculantes para que, em casos relevantes e nos quais haja “*grave insegurança jurídica*” (artigo 103-A, § 1º, da Constituição Federal de 1988), sejamos capazes de controlá-la.

Nesse horizonte, uma pergunta não cessa: se até as Ciências ditas “*Exatas*” já admitiram “o fim das certezas”, nós, das Ciências Jurídicas e Sociais, também precisamos fazê-lo. Não para aceitarmos passivamente arbitrariedades - porque o incerto, o histórico e o imprevisível não são necessariamente sinônimos do arbitrário - mas para que, admitindo tais características inerentes à nossa Humanidade, sejamos, daí sim, capazes de enfrentar as arbitrariedades que se escondem - e se fortalecem - sob o véu das nossas supostas certezas.

## NOTAS

- (1) Alusão à obra de **PRIGOGINE, Ilya**. *O fim das certezas. Tempo, caos e as leis da natureza*. Traduzido por **FERREIRA, Roberto Leal**. São Paulo: UNESP, 1997. Tradução de: *La fin des certitudes. Temps, chaos et les lois de la nature*.
- (2) **SANTOS, Boaventura de Souza**. *Um discurso sobre as ciências*. 15. ed. Porto: Afrontamento, 2007, p. 27-28.
- (3) *Idem*, p. 28.

### Raquel Lima Scalcon

Mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob orientação do Prof. Dr. Fabio Roberto D’Avila. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS.

## O NOVO ESTUPRO E A SUA INTERPRETAÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Matheus Silveira Pupo

Com o advento da *Lei 12.015/2009*, o artigo 213 do CP teve sua redação bastante alterada. A partir daí, os delitos que recebiam o *nomen iuris* de *estupro*, o qual punia a conjunção carnal não consensual, e *atentado violento ao pudor*, que sancionava a prática dos outros atos libidinosos violentos, foram reunidos em um único crime igualmente denominado de *estupro* (artigo 213, *caput*, do CP), com a seguinte redação, “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Inaugurou-se, com essa modificação, um verdadeiro dissídio na doutrina sobre, se esse delito, em sua nova redação, seria um crime de *tipo misto alternativo*,<sup>(1)</sup> de *tipo misto cumulativo*<sup>(2)</sup> ou, ainda, com *apenas um único núcleo*.<sup>(3)</sup>

Tal distinção ganha importante relevo quando o agente, em um mesmo contexto fático, *excluindo-se a hipótese do prelúdio do coito*, realiza as condutas que eram antevistas nos artigos 213 e 214 do CP, pois, neste caso, haverá ou *crime único*, ou *concurso material de delitos*. Além disso, tal diferenciação também importa no eventual reconhecimento de crime continuado.

A primeira corrente, em apertada síntese, defende que o estupro tem sua estrutura formada pelos citados *dois núcleos* (reunião da conjunção carnal violenta e atos libidinosos forçados), sendo que a prática de qualquer das condutas descritas já é suficiente para a sua tipificação. Mas, se o agente eventualmente realizar mais de uma das ações, num mesmo cenário e contra a mesma vítima, haverá um *único delito*. Ademais, se forem realizadas repetidas condutas em contextos diferentes, mas nas mesmas circunstâncias de *locus, tempus* e *modus operandi*, será possível o reconhecimento do crime continuado.

Por outro lado, para a segunda vertente, na verdade, existiria uma reunião *imprópria* de mais de um crime num mesmo dispositivo legal. Em outras palavras, “há disposições legais que contêm, independentemente, mais de uma figura típica de delito, ou seja, nas quais há tipos acumulados. Neste caso, haverá sempre concurso, em caso de realização de mais de um tipo”<sup>(4)</sup> ou seja, realizando-se os dois constrangimentos acima citados existirão dois delitos em concurso material. Além disso, por se tratarem de *condutas diversas*, malgrado estarem dentro de um mesmo dispositivo, *não será possível o reconhecimento do crime continuado entre as condutas dos antigos artigos 213 e 214 do CP*.

Por derradeiro, há ainda os que defendem “que o novo artigo 213 CP descreve e estabelece uma única ação ou conduta do sujeito ativo, ainda que mediante uma pluralidade de movimentos. Há somente a conduta do agente de constranger alguém, mediante violência ou grave

ameaça, e tal conduta de constrangimento tem como objeto material uma pessoa (alguém), que, por sua vez, deve ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso”<sup>(5)</sup>.

O Supremo Tribunal Federal foi a primeira corte a se pronunciar acerca desta questão. Com efeito, no *HC* nº 86.110/SP e no *HC* nº 99.295/SP, ambos da lavra do Ministro **Cezar Peluso**, a Segunda Turma, em seção que contou também com a participação dos Ministros **Celso de Mello**, **Joaquim Barbosa** e **Ellen Gracie**, por *unanimidade de votos*, entendeu que o artigo 213 do CP descreve uma *única conduta*, qual seja, o *constrangimento a prática de atos libidinosos de qualquer espécie*. A Turma, portanto, perfilou-se à terceira corrente.

Mas, além disso, textualmente declarou-se que a indigitada alteração legislativa removeu o óbice ao reconhecimento do crime continuado, *mesmo quando houver concurso entre os antigos estupro e atentado violento ao pudor*.

Depois disso, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no *HC* nº 144.870, relatado pelo Ministro **Og Fernandes**, acompanhado pelos Ministros **Celso Limongi**, **Haroldo Rodrigues**, **Nilson Naves** e **Maria Thereza**, por *unanimidade de votos*, *sem se aderir expressamente a quaisquer das correntes acima apontadas*, admitiu que “a figura do *atentado violento ao pudor*, não mais conta como um tipo autônomo. Ao revés, a prática de outro ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, também constitui estupro”. Portanto, haveria *crime único* quando o agente, *contra a mesma vítima*, perpetrasse uma pluralidade de conjunções carnavais, de atos libidinosos ou, até mesmo, destas duas condutas. Aqui, aliás, a reiteração de ações somente importará na fixação da pena-base.

E, além disso, reconheceu-se que, por se tratar de inovação que beneficia o réu, “sua aplicação, em consonância com o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais favorável, há de alcançar os delitos cometidos antes da *Lei* nº 12.015/2009”.

Com um entendimento diametralmente oposto, a Quinta Turma daquela mesma Corte, no julgamento do *HC* nº 104.724, no qual figurou como relator para o acórdão o Ministro **Felix Fisher**, em que também votaram os Ministros **Napoleão Nunes Maia Filho**, **Laurita Vaz**, **Jorge Mussi** e **Arnaldo**

**Esteves de Lima**, por *maioria de votos*, entendeu que o delito do artigo 213 do CP é um *tipo misto cumulativo* e, por consequência, se o agente realizar os dois núcleos nele previsto (a *conjunção carnal* e os *atos libidinosos*), no

mesmo contexto fático, exceto na hipótese de *prelúdio do coito*, estará praticando mais de um crime em *concurso material*.

Além disso, com exceção dos Ministros **Jorge Mussi** e **Arnaldo Esteves**,<sup>(6)</sup> a Turma também compreendeu ser *impossível* o reconhecimento de *crime continuado* entre tais ações, “em razão da impossibilidade de homogeneidade na forma de execução entre a prática de *conjunção carnal* e atos diversos de penetração”. Em outras palavras, somente incidirá o artigo 1 do CP quando o agente praticar ou várias conjunções carnavais violentas, ou inúmeras condutas que eram antevistas no revogado artigo 214 do CP, mas nunca no caso destes

dois comportamentos em concurso (p. ex., a hipótese de penetração vaginal e anal).

Em que pesem os entendimentos diversos, o estupro é um evidente crime de tipo misto alternativo.

Afinal, este delito nada mais é do que uma forma especial de execução do *constrangimento ilegal*, antevisto no artigo 146 do CP. É “constranger é o verbo principal, condutor do objeto e dos demais verbos dependentes do primeiro. Em ambas as construções, o agente constrange alguém, sob o meio violência ou grave ameaça, a duas possíveis condutas, associadas pela partícula alternativa ou. Logo, aquele que constrange outrem, violentamente, a deixar de fazer o que a lei permite e, na sequência, a fazer o que a lei não manda, comete um único crime de constrangimento ilegal. Não há que se fugir da mesma interpretação, no tocante ao crime de estupro. O agente que constrange alguém, violentamente, a manter um ou mais atos libidinosos, no mesmo cenário, à mesma hora, pratica um único delito de estupro. Lembre-se que a conjunção carnal não passa de um ato libidinoso, logo, não se constitui em objeto completamente dissociado da segunda possibilidade elencada no artigo 213 (outro ato libidinoso)”<sup>(7)</sup>.

Outrossim, é bom destacar que os dois comportamentos antevistos na mencionada norma penal tutelam em igual proporção a *dignidade sexual*; na verdade, há apenas exemplificação de duas maneiras diferentes de se agredir o referido bem jurídico; tanto isso é verdade que, se o dispositivo simplesmente

A primeira corrente, em apertada síntese, defende que o estupro tem sua estrutura formada pelos citados dois núcleos (reunião da conjunção carnal violenta e atos libidinosos forçados), sendo que a prática de qualquer das condutas descritas já é suficiente para a sua tipificação.

tipificasse o ato sexual não consensual, não haveria qualquer mudança no alcance da incriminação do estupro.

Justamente por ser assim, é frágil o argumento daqueles que defendem que o estupro é um *crime misto cumulativo*. Explica-se: reconhecer que no artigo 213 do CP há uma reunião imprópria de dois crimes distintos significa aceitar que as condutas ali descritas causam diferentes lesões à *dignidade sexual*, o que é um raciocínio pueril frente ao próprio texto da norma, o qual expressamente considera a *conjunção carnal* um *ato libidinoso*.

De outra banda, é bom frisar que a reforma do Título VI do CP também afastou o óbice ao reconhecimento do crime continuado entre as condutas antes previstas nos revogados artigos 213 e 214 da Lei Substantiva Penal.

Pois bem. O artigo 71 do CP estabelece que poderá ser reconhecida a mencionada ficção jurídica quando o agente praticar mais de um crime de mesma espécie nas mesmas condições de tempo, lugar e *modus operandi*.

Antes do início da vigência da Lei 12.015/2009, *majoritariamente*, entendia-se que não era possível o reconhecimento da continuidade delitiva, *porque estas condutas estavam previstas em dispositivos legais diferentes*.<sup>(8)</sup>

No entanto, agora que foram reunidas em um único tipo penal, *não existe mais o obstáculo ao reconhecimento deste benefício* quando estiverem preenchidos os requisitos legais.

Aliás, apenas para exemplificar a *incoerência* daqueles que entendem ser impossível o

reconhecimento da continuidade delitiva na espécie, posição que é, diga-se de passagem, a majoritária no âmbito da 5ª Turma do STJ, pode-se comparar as seguintes hipóteses: A) o agente que pratica uma conjunção carnal violenta e outro ato libidinoso não consentido, em contextos diferentes, mas nas circunstâncias do artigo 71 do CP, segundo tal corrente, estará praticando *dois crimes em concurso material* (ou seja, com as *penas somadas*); B) o agente que constrange duas pessoas a praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal, nas circunstâncias do artigo 71 do CP, mesmo para aqueles que defendem ser o estupro um crime misto cumulativo, cometerá estes *crimes em continuidade delitiva* (ou seja, será aplicada a *pena de apenas uma infração, porém, majorada*).

Como se percebe, nas duas hipóteses, *a lesão ao bem jurídico dignidade sexual é semelhante*. Sendo assim, não há razão para que o tratamento imposto ao agente seja tão diferente, sob pena de se ferir o *princípio da igualdade* (artigo 5.º, *caput*, CF). Afinal, *“ao ditame legal é interdito definir disciplinas diversas para situações equivalentes”*.<sup>(9)</sup>

Em suma, malgrado não ter sido a intenção do legislador, a reforma feita pela Lei 12.015/2009 é mais benéfica ao Réu. *Esta é a realidade atual!* Por isso, não podem os operadores do Direito, máxime as Cortes Superiores, fechar seus olhos para essas mudanças apenas para *manter uma antiga tradição de punição* muito severa para os crimes sexuais, a qual, como visto, *não tem mais qualquer amparo legal*.

## NOTAS

- (1) **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Revista dos Tribunais, 2009; **JESUS, Damásio E.** Estupro e Atentado Violento ao Pudor, crime único ou concurso material?, *Carta Forense*, dez. 2009.
- (2) **GRECCO FILHO, Vicente.** *Uma interpretação de duvidosa dignidade*, disponível em <http://www.epm.sp.gov.br/Internas/ArtigosView.aspx?ID=2859>, acesso em 3 de setembro de 2010; **DELMANTO, Celso et al.** *Código Penal Comentado*, Saraiva, 8. ed., 2010.
- (3) **PELUSO, Vinicius de Toledo Piza.** O crime de estupro e a Lei nº 12.015/2009: um debate desenfocado, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 203, p. 02-03, out. 2009.
- (4) **FRAGOSO, Heleno Cláudio.** *Lições de Direito Penal - Parte Geral*, 16. ed., Forense, 2003, p. 194.
- (5) **PELUSO, Vinicius de Toledo Piza.** ob. cit., p. 2.
- (6) Observe-se que no *HC* nº 160.288, na lavra do Min. **Arnaldo Esteves**, j. 18.05.2010, a Quinta Turma, malgrado ter denegado a ordem, curiosamente reconheceu de maneira expressa que *“a reforma procedida permitiu reconhecer-se a continuidade delitiva em favor de agente condenado, na vigência da lei anterior, aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, desde que atendidos os requisitos do artigo 71 do CP, em observância ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica”*.
- (7) **NUCCI, Guilherme de Souza.** Estupro, Legalidade e Política Criminal, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 18, n. 214, p. 7, set. 2010.
- (8) STJ, *HC* 102.362/SP; *HC* 86.860/CE; *HC* 85.034/SP; *HC* 80.969/SP; AgRg no Resp 838.743/RS; STF, *HC* 95.413/SP; *HC* 94.504/RS; *HC* 91.370/SP; *HC* 88.466/SP.
- (9) **BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio.** *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Malheiros, 3. ed., 17. tir., 2009, p. 10.

## Matheus Silveira Pupo

Coordenador-adjunto do Núcleo de Jurisprudência do IBCCRIM. Advogado criminalista.

## PARTICIPE POR ACREDITAR

### EDITAL DE CONVOCAÇÃO: ASSEMBLEIA GERAL ORDINÁRIA IBCCRIM

São convocados os associados do **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM** a se reunirem em Assembleia Geral Ordinária, a realizar-se em 02 de dezembro de 2010, quinta-feira, às 10h, em primeira convocação, se houver *quorum* estatutário, ou às 10h30, em segunda convocação, com qualquer *quorum*, na sede do Instituto, na Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar - Centro - CEP 01018-010 - São Paulo - SP, a fim de deliberarem sobre a seguinte Ordem do Dia:

1. Eleição da Diretoria Executiva e Conselho Consultivo, gestão 2011-2012;
2. Aprovação das contas referentes ao ano fiscal de 2010;
3. Apresentação e aprovação do relatório das atividades desenvolvidas no ano de 2010;
4. Apresentação e aprovação das propostas das atividades a serem desenvolvidas em 2011;
5. Deliberação sobre as mensalidades para 2011;
6. Deliberação sobre outros assuntos de interesse do Instituto.



Sérgio Mazina Martins

Presidente

## ACÇÕES NEUTRAS - ALGUMAS NOTAS CORRETIVAS PARA O DEBATE BRASILEIRO

José Danilo Tavares Lobato

Após considerável atraso, os penalistas brasileiros começaram a se familiarizar com o tema da participação criminal por meio de ações neutras. Em 2002, surge, no Brasil, artigo<sup>(1)</sup> apresentando o tema e, em 2004, Greco publica o primeiro livro,<sup>(2)</sup> em língua portuguesa, sobre esta temática e traça um panorama crítico da doutrina estrangeira, além de trazer sua concepção sobre a questão. Deste período até 2010, houve o surgimento de poucos estudos, podendo ser destacadas duas publicações. A primeira consiste em artigo<sup>(3)</sup> no qual se delineia um debate crítico nosso com Greco, enquanto que a segunda contribuição refere-se ao segundo livro<sup>(4)</sup> do tema, com a exposição de nossa visão sobre o problema da participação criminal por meio de ações neutras.

Apesar da baixa quantidade de estudos produzidos pelos penalistas brasileiros, a problemática que envolve as ações neutras já se constituiu como pauta obrigatória em sala de aula, em especial no aprendizado do concurso de agentes. Por outro lado, na pós-graduação, a participação criminal por meio de ações neutras tem sido frequentemente recordada, mesmo que de forma lateral e acessória, nos estudos do crime de lavagem de capitais.<sup>(5)</sup>

É inegável que nestes oito anos houve avanço. No entanto, este avanço é recente e seu desenvolvimento ainda se encontra limitado pela baixa quantidade de material produzido em língua portuguesa e ao não domínio do idioma alemão pela maior parte dos estudiosos brasileiros. Estes fatores explicam o porquê de um tema tão instigante e tão presente no cotidiano das pessoas não ter tido a devida atenção pela Ciência Penal brasileira.

Na Alemanha, o estudo das ações neutras teve origem, em 1985, a partir de acórdão do Supremo Tribunal Federal alemão prolatado no julgamento de participação criminal dos empregados de uma determinada empresa no delito de sonegação fiscal cometido por seu dono.<sup>(6)</sup> Como notícia Wohlleben, neste acórdão, cunhou-se o conceito de "ações externamente neutras",<sup>(7)</sup> o que desencadeou uma série de estudos por inúmeros penalistas alemães nestas últimas décadas.

Não há como negar a importância de se desvelar os limites do permitido e do proibido de ações cotidianas, profissionais, rotineiras, ou seja, daquilo que se denomina como ações neutras. É o princípio da legalidade penal que está em pauta. Trata-se de uma questão de assegurar e preservar um dos pilares fundamentais do Estado de Direito.

Os questionamentos que envolvem a punibilidade de uma participação criminal por meio de ações neutras causam de *per se* perplexidade. Punir aquele que apenas exerce a sua

profissão?! Ou então, como é possível punir aquele que exerce um direito ou cumpre uma obrigação contratualmente válida?!

Em verdade, estas dúvidas vêm sendo o canto da sereia para se estudar as ações neutras. Por meio destes questionamentos, o tema ganhou, aos poucos, espaço nos debates orais dos penalistas brasileiros. Pode-se atribuir a estas formulações o mérito de ter concedido sopro de vida, no Brasil, a tão relevante, mas pouco pesquisado tema. Não obstante o mérito, importa realçar o desacerto destas formulações. O equívoco destes questionamentos sedimenta o estudo das ações neutras a partir de falsas premissas. A formulação correta não consiste em saber se uma participação criminal por meio de ações neutras é punível ou não. Há um erro metodológico a ser superado nesta questão.

A pergunta fundamental reside em saber se há ou não condutas neutras. Existem ações neutras em si mesmas? Ou as condutas somente podem ser avaliadas dentro de determinado contexto fático? A resposta é tão simples quanto intuitiva. Não apenas as condutas de autoria, mas também de participação estão sempre inseridas em um contexto fático. Toda análise dogmático penal da ação deve levar em consideração o mundo valorativo que a cercava no momento de sua prática.

A necessidade de se avaliar a presença do dolo para determinar a tipicidade é ponto incontroverso na Ciência Penal. Pode-se até polemizar sobre o conteúdo do dolo, mas se encontra consolidado o entendimento de que a tipicidade objetiva é insuficiente para a afirmação do fato típico criminal. A recusa da responsabilidade penal objetiva é uma conquista liberal, ou melhor, é garantia ao direito fundamental de liberdade que não pode ser esquecida pelo Estado de Direito. Neste tocante, não custa recordar que a tipicidade da participação criminal encontra-se vinculada ao preenchimento das regras da homogeneidade do elemento subjetivo e da acessoriedade ao fato principal. Ou seja, não há que se pensar em qualquer conduta de participação criminal fora do contexto da ação principal.

É curioso, todavia, que, no debate das ações neutras de auxílio, de indução e de instigação, procure-se inverter a sistemática da teoria geral da participação criminal. A questão fundamental reside em saber se há razão que justifique a assunção de uma nova metodologia na resolução do problema das condutas acessórias neutras. A resposta devida a este questionamento é negativa. O próprio conceito cunhado pelo Supremo Tribunal Federal alemão já deixava claro que apenas de antemão, isto é, a primeira vista, as ações seriam neutras. Se assim não fosse,

as ações seriam internamente neutras e não externa ou aparentemente neutras.

A contextualização da ação do partícipe é inevitável para aferir a sua tipicidade. A desconsideração da Teoria Geral da Participação Criminal é um equívoco. Seria justificável ao proprietário da arma ou de uma escada emprestá-la e alegar em seu benefício o exercício de seu direito de propriedade, mesmo sabendo que o tomador do empréstimo irá utilizar o objeto para fins criminosos?! Ou o chaveiro pode, a partir da invocação de seu direito constitucional ao trabalho, justificar sua conduta de produzir a cópia de chave com consciência de que seu cliente irá valer-se da mesma para furtar a residência alheia?!

Resta claro que os partícipes abusam, respectivamente, de seu direito de propriedade e de seu direito ao trabalho. Os limites de tais direitos constitucionais foram ultrapassados. Estes direitos e tais como outros direitos não são absolutos. Se o direito de liberdade fosse absoluto, dificilmente haveria qualquer participação criminal punível, uma vez que o partícipe não domina a ação e nem pratica a nuclear típica.

Outras notas seriam dignas de serem feitas. Contudo, optou-se por traçar apontamentos de base e necessários a serem observados no desenvolvimento deste debate. A preservação da metodologia utilizada na solução das questões tradicionais da participação criminal é imprescindível para que não se logrem resultados teratológicos no campo das ações neutras.

### NOTAS

- (1) PEREIRA, Flávio Cardoso. *Ações Cotidianas no Âmbito da Participação Delitiva*. Porto Alegre: Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, 2002.
- (2) GRECO, Luis. *Cumplicidade através de Ações Neutras. A Imputação Objetiva na Participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- (3) LOBATO, José Danilo Tavares. *Cumplicidade por Meio de Ações Neutras - O Início (tardio) de um Debate*. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n. 64. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2005.
- (4) LOBATO, José Danilo Tavares. *Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras - Uma Questão Única de Imputação Objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.
- (5) RIOS, Rodrigo Sánchez. *A Temática da Lavagem de Capitais e o Recebimento de Honorários por parte do Advogado Criminalista*. Boletim IBCCRIM, Ano 18, N. 214. São Paulo: IBCCRIM, 2010.
- (6) WOHLLEBEN, Marcus. *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*. Munique: Beck, 1996. p.3.
- (7) "Äusserlich neutrale Handlungen". WOHLLEBEN, Marcus. op. cit., p.3.

José Danilo Tavares Lobato

Doutor em Direito pela UGF.  
Mestre em Direito - Ciências Penais pela UCAM.  
Defensor Público/RJ.

# “MODERNIDADES” NO SISTEMA PENAL E A AMPLA DEFESA DO ACUSADO

Euro Bento Maciel Filho

Como sabido, desde 02 de agosto de 2010, o STF não aceita mais o peticionamento “à moda antiga”, ou seja, em papel (doravante chamado de “meio físico”). De fato, a partir daquela data, salvo “*nos casos de risco de perecimento de direito*” (artigo 8º, inciso II, da Resolução 427 do STF), todas as petições<sup>(1)</sup> lá apresentadas devem ser enviadas e protocoladas por meio eletrônico através do sistema *e-STF*.

Pois bem, a nova forma de acesso ao STF nada mais é do que uma consequência, lógica e direta, da Lei nº 11.419, de 19.12.2006, que trata, especificamente, da “*informatização do processo judicial*” e que pode ser entendida como o “estopim” da modernização do nosso Poder Judiciário.

Pelo País, diversos têm sido os Tribunais que, paulatinamente, passaram a limitar a apresentação de petições à via eletrônica, já que se trata de um meio moderno, eficaz, seguro (pois a chamada “assinatura digital” garante a autenticidade do documento) e que, na opinião da imensa maioria dos Magistrados, agiliza o trâmite dos processos.

A adoção do processo eletrônico, tida por muitos como o futuro da Justiça Brasileira, vem sendo considerada como verdadeira “tábua de salvação” para o já conhecido problema da morosidade dos julgamentos.

Tratando especificamente dos processos criminais, outras duas inovações tecnológicas vêm sendo comumente adotadas para buscar desafogar o Poder Judiciário, quais sejam: a) a videoconferência (legalmente<sup>(2)</sup> introduzida no nosso sistema normativo pela Lei nº 11.900/2009, que modificou o artigo 185 do CPP); e, b) a gravação audiovisual das audiências e demais atos processuais (artigo 405, § 1º, do CPP).

Pela primeira (videoconferência), o Juiz, desde que fundado em alguma das situações expressamente previstas no artigo 185, § 2º, I a IV, do CPP - todas elas, diga-se desde logo, marcadas por uma redação genérica e imprecisa -, pode determinar a realização do interrogatório do réu preso sem que o acusado lhe seja fisicamente apresentado.

Sobre a videoconferência, cumpre mencionar que o seu uso ainda é tido pelo CPP como medida de exceção, ou seja, a regra de que o réu preso *deve ser apresentado à Autoridade Judicial* permanece em pleno vigor.

Já a segunda (sistema de gravação audiovisual das audiências), por sua vez, permite ao Magistrado tomar depoimentos e realizar audiências sem que uma única lauda seja digitada e sem que um único depoimento seja transcrito, pois tudo (áudio e vídeo) é gravado e, posteriormente, disponibilizado às Partes em CD ou outra forma de mídia eletrônica.

Neste caso específico, o legislador preferiu

adotar a “modernidade” como regra para a realização dos atos processuais. De efeito, o “antigo” sistema de se reduzir a termo as declarações das testemunhas passou a ser medida de exceção, haja vista que os novos recursos tecnológicos, quais sejam, “*gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual*”, devem ser adotados com primazia, tudo sob o pretexto de que, supostamente, assim seria obtida uma “*maior fidelidade das informações*”.

Enfim, a repentina inclusão de todas essas “modernidades” no processo penal sinaliza, à evidência, para o fato de que o legislador cada vez mais acredita na (falsa) ideia de que uma justiça rápida é sinônima de justiça eficiente.

Porém, em que pese a eficiência, a rapidez e a necessária modernização do Poder Judiciário, até que ponto essas novas medidas respeitam, de fato, a ampla defesa do acusado?

Na modesta opinião deste subscritor, o Processo Penal - porque é o único instrumento por meio do qual o Estado, de forma legítima, acusa um cidadão pela prática de um crime e lhe impõe as respectivas sanções - não pode ser resumido a *pen drives*, CDS e arquivos eletrônicos.

O meio físico (ou seja, o papel) é, ainda, a forma mais adequada para se garantir a segurança das informações que serão levadas ao processo.

É bom que se diga, desde logo, que não se está aqui afirmando que as novas tecnologias seriam incompatíveis com o processo criminal. Longe disso!

Porém, particularmente, entendo ser necessário tentar compatibilizar os dois “modos” de justiça (i.e., físico e virtual), sem que um exclua o outro, tudo de forma a atender tanto a necessidade do Estado em buscar uma maior agilidade no trâmite dos processos quanto o direito do acusado de se defender de forma ampla, sem qualquer tipo de limitação ou obstáculo.

No caso específico da ampla defesa, é importante salientar que o princípio só estará efetivamente protegido quando forem garantidos ao acusado não só o direito de ter uma *defesa técnica* (exercida por advogado) em Juízo, como também a chamada autodefesa, ou seja, o direito de ser *pessoalmente* apresentado ao Juiz da causa a fim de ser interrogado, oportunidade em que apresentará a sua versão.

Ora, dentro desse contexto, a videoconferência - tida por muitos como a solução mais eficaz para se evitar os gastos e os riscos inerentes ao transporte de presos - representa, sem dúvida alguma, verdadeiro amesquinhaamento da *ampla defesa*, eis que cerceia não só a atuação da defesa técnica como também a autodefesa do acusado.

**Positivamente, ainda que trazida ao nosso sistema normativo como medida de exceção, entendo que a videoconferência deve ser adotada em casos estritamente necessários, em situações tais que, prevalecendo o interesse público sobre o interesse privado, a ampla defesa do acusado deve ceder ante a necessidade de se garantir a segurança e a paz social.**

Ao cabo de contas, que garantia tem o Juiz de que, durante o interrogatório do acusado - que, nesse sistema, é normalmente colhido nas dependências do presídio onde ele está preso -, dentre os policiais ou agentes penitenciários porventura presentes, não há um deles devidamente escondido da câmera, proferindo ameaças ao réu? Além disso, como esperar espontaneidade de um acusado que, desejando narrar ao Juiz eventuais agressões sofridas no presídio, tem ciência de que o seu algoz o aguarda “logo atrás da porta”?

De outro lado, nunca é demais recordar que o interrogatório, atualmente, não é só instrumento de defesa, mas é também meio de prova. Nesse contexto, a presença física do acusado na sala de audiências é relevante não só para que o Juiz o conheça pessoalmente, como também para que o advogado possa extrair do seu

cliente importantes subsídios para perquirir testemunhas e outros corréus.

Positivamente, ainda que trazida ao nosso sistema normativo como medida de exceção, entendo que a videoconferência deve ser adotada em casos estritamente necessários, em situações tais que, prevalecendo o interesse público sobre o interesse privado, a ampla defesa do acusado deve ceder ante a necessidade de se garantir a segurança e a paz social. Fora dessa hipótese, a adoção daquele sistema constituir-se-á em flagrante cerceamento de defesa.

Já no que toca à adoção do sistema audiovisual para os atos processuais, o problema, sob a minha ótica pelo menos, não está tanto na forma, mas sim no seu resultado.

A mera colheita da prova oral por meio audiovisual não atinge, em nada, a ampla defesa do acusado, pois, muito embora as Partes assinem, ao final da audiência, um simples termo para comprovar a realização dos depoimentos (apesar de não terem acesso ao conteúdo daquilo que foi dito pelas testemunhas), certo é que tanto a Defesa quanto a

Acusação continuam tendo os mesmos direitos com relação à inquirição de testemunhas. *Mutatis mutandis*, é o que se dá, atualmente, com o sistema de estenotipia.

No entanto, se é verdade que, pelo sistema de estenotipia, os depoimentos devem ser transcritos, o legislador entendeu que, no sistema audiovisual, a transcrição é desnecessária.

É justamente nesse ponto que, a meu ver, o legislador se equivocou.

Ora, como esperar que as Partes façam o devido cotejo da prova em sede de alegações finais sem a efetiva transcrição dos depoimentos?

Ademais, será que, para um Juiz de Direito, o simples "ouvir" de um depoimento é tão elucidativo quanto o ato de "ler" aquelas mesmas declarações?

É claro que, seja para as Partes, seja para o próprio Magistrado, o depoimento escrito é muito mais fácil e rápido para ser analisado (e, sobretudo, *comparado com o restante do bojo probatório*) do que pelo meio "audiovisual".<sup>(3)</sup>

*Data venia*, a prova colhida num processo penal, com todas as suas nuances e filigranas, não pode ser reduzida a um mero CD (ou, às vezes, a um arquivo de áudio gravado em *pen drive*).

De mais a mais, é bom mencionar que o princípio da segurança jurídica, positivamente, não se adequa a tal forma de colheita da prova, vez que, em havendo um problema qualquer no sistema (p.ex., um vírus de computador) o qual acarrete a perda das informações, como se poderá reconstruir tudo o que foi feito na(s) audiência(s)?

Particularmente, entendo que a transcrição dos depoimentos é medida salutar, que deveria ser aplicada pelos Magistrados como medida de bom senso e também para se evitar a perda

daquilo que se produziu. Porém, infelizmente, o legislador assim não entendeu.

Por fim, no que toca ao processo eletrônico, entendo que, de todas as inovações tecnológicas recentemente introduzidas no processo penal, esta é a que, a meu ver, menos ofende a ampla defesa.

Porém, a forma impositiva com que este sistema tem sido adotado por vários Tribunais acarreta, sem dúvida alguma, certas distorções as quais, em última análise, provocam consequências sérias no exercício da ampla defesa.

Ora, segundo estimativa da própria OAB/SP, no início de agosto deste ano, menos de 10% dos advogados paulistas estavam preparados para o chamado "processo digital".<sup>(4)</sup>

É bem verdade que esse número deve crescer não só no Estado de São Paulo, como também País afora. Contudo, mesmo assim, é utópico admitir que essa tecnologia será, em pouco tempo, adotada por 100% dos advogados brasileiros.

Recentemente, o próprio Ministro **Cesar Peluzo** afirmou, em entrevista concedida à *Revista Veja*, que a qualidade da defesa de um acusado está intimamente ligada ao quanto ele pode pagar por um bom advogado.<sup>(5)</sup>

Partindo desse princípio, não será surpresa alguma se, em pouco tempo, o acesso aos Tribunais - sobretudo aos Superiores - ficar cada vez mais limitado a um número menor de advogados por questões eminentemente financeiras.

Será esse o modelo de Justiça que queremos? Rápida e ágil, porém para poucos?

A efetiva distribuição de Justiça não pode estar condicionada ao acesso às novas tecnologias. O Estado precisa encontrar um meio-termo, ou seja, uma forma que permita a todos

terem garantidos não só o direito de defesa, como também as mesmas oportunidades de acesso ao Poder Judiciário.

Dentro desse contexto, a manutenção do chamado sistema "físico" é, segundo meu modesto entendimento, uma forma de se garantir não só a aplicação efetiva do direito de petição aos Poderes Públicos (alínea *a*, inciso XXXIV, artigo 5.º da CF), como também de manter a isonomia na distribuição de Justiça.

## NOTAS

- (1) Há, no entanto, duas exceções à nova regra, quais sejam: agravo de instrumento e *habeas corpus* quando este não for assinado por advogado. Cumpre mencionar, porém, que, a partir de 1º.10.2010, também o agravo de instrumento passará a ser apresentado, exclusivamente, em forma eletrônica (artigo 33, da Resolução 427 do STF).
- (2) De efeito, a adoção da videoconferência só foi formalmente regulamentada em 2009, porém, insta mencionar que antes mesmo daquela lei, o sistema já era *indevidamente* utilizado em algumas situações (perigo de transporte do réu preso à sede do Juízo processante, razões de ordem pública, distância etc.), o que, no entender do subscritor deste artigo, configurava, à época, ofensa ao devido processo legal.
- (3) Aliás, justamente em razão da dificuldade inerente à análise da prova oral colhida pelo sistema audiovisual é que o eg. TJSP reiteradamente, tem determinado a baixa de processos ao Juízo de primeiro grau para a transcrição dos depoimentos (nesse sentido: Ap. Crim. nº 990.10.038158-0, 14ª C.Crim., Rel. Des. Wilson Barreira, j. 01.07.2010; Ap. Crim. nº 990.09.276259-1, 8ª C.Crim, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 24.06.2010).
- (4) Segundo notícia publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, veiculado em 27 de julho de 2010.
- (5) Entrevista concedida à *Revista Veja*, edição 2172, pp. 17/21 (julho de 2010).

**Euro Bento Maciel Filho**

Mestre em Direito Penal pela PUC/SP

Professor de Direito Penal.

Advogado criminal.

## ADESÃO CIVIL E "DANO MORAL COLETIVO" NO PROJETO DO NOVO CPP

Roger de Melo Rodrigues

Seguindo a tendência mundial de redescobrimiento da vítima no processo penal<sup>(1)</sup>, especificamente no que concerne à tutela de seu interesse de reparação de danos decorrentes da prática da infração penal, o ordenamento jurídico brasileiro, pela Constituição Federal de 1988, reconheceu expressamente a obrigação de reparação de danos *ex delicto*, (art. 5º, XLV), conferindo-lhe, assim, *status* constitucional, além de prever a instituição de fundo público em prol de herdeiros e dependentes carentes de vítimas de crimes dolosos (art. 245). A legislação infraconstitucional acompanhou o passo, incorporando institutos reparatórios. Assim, pode-se citar a composição civil de danos (Lei n. 9.099/95), a pena de multa reparatória para danos patrimoniais (Lei n. 9.503/97, art. 297), a prestação pecuniária como pena restritiva de direitos (Lei n. 9.714/98) e o polêmico<sup>(2)</sup> sistema de reparação

de danos *ex officio* (Lei n. 11.719/2008).

Nesse contexto, desponta o Projeto n. 156/09, em tramitação no Senado, que traz um novo Código de Processo Penal. Da tutela jurídica conferida à vítima, destaca-se o novo instituto da adesão, que se dá pela formulação, no processo penal, de um pedido de recomposição civil do dano moral pela própria vítima. Talvez ainda não se tenha dado a devida atenção para esse instituto, embora ele importe grande modificação no ordenamento jurídico brasileiro, afastando o tradicional sistema de reparação de danos da separação (já um tanto combalido, é verdade) e abraçando o sistema da adesão, presente em países como a França, a Itália e Portugal<sup>(3)</sup>.

Deve-se registrar que a adesão, no Código projetado, tem por objeto exclusivo os danos morais, excluindo-se os danos patrimoniais em nome da preocupação, externada pela

própria comissão<sup>(4)</sup>, de se retardar a marcha do procedimento, não obstante o referido Projeto já contemple, no parágrafo único do art. 79<sup>(5)</sup>, um mecanismo de remessa da adesão ao juízo cível em caso de possibilidade de transtorno ao regular desenvolvimento do procedimento.

Deixando de lado outras interessantes questões relacionadas à incorporação desse instituto, impõe-se uma observação: a "recomposição civil do dano moral" projetada, se por um lado tem o mérito de dar uma resposta mais efetiva à constitucional obrigação de reparação de danos civis *ex delicto*, por outro peca em dimensionar esse instituto para a satisfação de danos morais meramente individuais, olvidando por completo os danos morais metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Ao discorrer sobre uma proteção mais ampla do ser humano, **Xisto Tiago de Medeiros Neto** menciona que a extensão da tutela

jurídica da pessoa, de uma esfera meramente patrimonial para uma esfera extrapatrimonial (moral), e a expansão da destinação de referida tutela, do campo individual para o campo coletivo ou social, representam destacado e necessário passo no processo de valorização e tutela dos direitos fundamentais, evolução que significa uma resposta às demandas da cidadania<sup>(6)</sup>.

Desponta, assim, o “dano moral coletivo” (expressão terminológica já consagrada, não obstante o melhor apurmo técnico de “dano extrapatrimonial metaindividual”<sup>(7)</sup>), já ganha reconhecimento na jurisprudência nacional: “*administrativo - transporte - passe livre - idosos - dano moral coletivo - desnecessidade de comprovação da dor e de sofrimento - aplicação exclusiva ao dano moral individual - cadastramento de idosos para usufruto de direito - ilegalidade da exigência pela empresa de transporte - art. 39, § 1º do estatuto do idoso - lei 10.741/2003 viação não prequestionado. 1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. 2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos. 3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade. [...]. 6. Recurso especial parcialmente provido.*” (STJ - 2ª T., - rel. Min. **Eliana Calmon** - REsp 1057274/RS - j. 01.12.2009 - DJe 26/02/2010)<sup>(8)</sup>

Cumprir consignar que essa espécie de dano pode decorrer igualmente de ilícitos penais, não permanecendo como resultado exclusivo do ilícito civil. Assim, exemplificativamente, pode-se vislumbrar tal situação quando um estabelecimento industrial, no desempenho de suas atividades, provoca a poluição de um rio ou de seus afluentes, de modo que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade (Lei n.

9.605/98, art. 54, §2º, III), ou quando no âmbito de empresas privadas, cujas atividades se desenvolvam em grandes centros urbanos do país, sejam engendradas e executadas políticas ou práticas que venham a obstar o emprego para pessoas em razão de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei n. 7.716/89, art. 4º).

Sob essa ótica, o instituto da adesão no Código projetado fica devendo. Se não, vejamos: seu art. 78 prevê, após o oferecimento da denúncia, a notificação da vítima para, se assim o quiser e no prazo de 10 (dez) dias, requerer a “recomposição civil do dano moral”. Tal procedimento pressupõe a prévia identificação da vítima (individual), olvidando-se situações que possam envolver vítimas difusas ou coletivas, as quais, sem a ciência necessária, perderão uma ótima oportunidade de ingressar no processo e obter a reparação por dano extrapatrimonial.

A inclusão do dano extrapatrimonial metaindividual no processo penal só traria benefício, já que a adesão no processo penal serviria, não somente como um instrumento de satisfação de interesses meramente individuais, como se propõe, mas também como instrumento de satisfação de interesse difusos ou coletivos e mesmo individuais homogêneos, no que se acentua a maior relação de compatibilidade existente entre a pretensão acusatória, de cunho público, e a pretensão reparatória de cunho metaindividual, se comparada com a relação entre a pretensão acusatória pública e uma pretensão reparatória meramente individual.

Talvez se argumente que o exame de uma pretensão reparatória metaindividual pode envolver demasiada complexidade, atrasando a marcha do procedimento penal. Mas exatamente para isso é que serve o disposto no parágrafo único do art. 79 do Projeto. Por certo, haverá situações em que a apreciação de um dano moral individual se mostre de análise mais complexa. A mera análise casuística não pode servir de argumento. O mecanismo de remessa à via ordinária cível se mostra, nessa ótica, de vital importância, utilizável tanto em caso de danos individuais quanto em caso de danos metaindividuais.

Em face de tal panorama, propõe-se, em caso de incorporação efetiva do sistema da adesão e em se tratando de interesses metaindividuais, que após o oferecimento da denúncia, seja concedida oportunidade para a adesão a

entidades que tenham por finalidade institucional a satisfação de tais interesses, sugerindo-se a notificação de entidades eventualmente interessadas, por meio da publicação de editais na imprensa oficial e em jornais de grande circulação.

A participação de aludidas associações poderia dar-se sem prejuízo da atuação do próprio Ministério Público, que além de titular da ação penal (CF, art. 129, inciso I), também exerce uma legitimação extraordinária em defesa dos interesses sociais (CF, art. 127), como verdadeiro *defensor societatis*<sup>(9)</sup>, de modo que, quando do oferecimento da denúncia, o membro do *Parquet* poderia deduzir ambas as pretensões, a acusatória (penal) e a reparatória metaindividual (civil).

Como se vê, o tema poderá despertar polêmica, mas servirá principalmente para lançar um questionamento sobre o modelo da reparação de danos projetado e seu dimensionamento em face das demandas da cidadania.

## NOTAS

- (1) Conferir as fases do *status* da vítima no processo penal, a saber, protagonismo, neutralização e redescoberta: **BARROS, Flaviane de Magalhães**. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3-8.
- (2) **CÂMARA, Alexandre Freitas**. *Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n. 11.719/2008*. In: RDPP, n. 56, junho-julho, 2009.
- (3) **ABREU E SILVA, Roberto de**. *Efeitos civis e processuais da sentença criminal*. Disponível em: <[http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir\\_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi\\_pro\\_penal/efeitos\\_civeis.pdf](http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_pro_penal/efeitos_civeis.pdf)> Acesso em: 05-10-2010.
- (4) Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/matepdf/58503.pdf>>. Acesso em: 22-10-2010.
- (5) “Art. 79. [...] Parágrafo único. Quando o arbitramento do dano moral depender da prova de fatos ou circunstâncias não contidas na peça acusatória ou a sua comprovação puder causar transtornos ao regular desenvolvimento do processo penal, a questão deverá ser remetida ao juízo cível, [...]”
- (6) **MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de**. *Dano moral coletivo*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2007.p.121.
- (7) **MEDEIROS NETO**. *Op. cit.* p. 123-125.
- (8) Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=dano+moral+coletivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=8>>. Acesso em 10-10-2010.
- (9) **MOREIRA, Jairo Cruz**. *A intervenção do Ministério Público no processo civil à luz da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 40-43

## Roger de Melo Rodrigues

Especialista em Processo Penal pela FESMP/RN.  
Mestrando em Direito Processual (Processo Penal)  
pela USP. Promotor de Justiça (MP-RN).

**PARTICIPE**  
POR ACREDITAR

acompanhe o IBCCRIM NO   
[WWW.TWITTER.COM/IBCCRIM](http://WWW.TWITTER.COM/IBCCRIM)

## JÚRI - GARANTIA INDIVIDUAL

José Roberto Antonini

A instituição do júri constitui uma das garantias fundamentais conferidas ao cidadão, prevista no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição, localizado aquele no Título II (“*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”) e respectivo Capítulo I (“*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*”).

Não subsiste dúvida alguma, portanto, de que se trate de *instituição* destinada a dar ao acusado por prática de “crimes dolosos contra a vida” tratamento mais cauteloso e protetivo, particularmente em virtude da “soberania” de seus veredictos - *soberania* pro reo, a qual é inconteste, dado o tópico em que a Constituição a enuncia e proclama (artigo 5º, inciso XXXVIII, citados, alíneas *d e c*).

Ora, se assim é - e não há como esquivar-se de que não o seja - possível não é que o acusado de crime doloso contra a vida termine por ver-se eventualmente colocado em situação processual *pior* que a dos acusados por crimes de outra natureza, não abrangidos pela garantia.

Com efeito, interpretadas singelamente as regras do antigo e remendado Código de Processo Penal - malgrado o acima inamovivelmente fincado - poderá ocorrer a incongruência, o contrassenso de aquele que a Constituição abertamente quis favorecer ser levado a situação de claro *detrimento* perante os réus não distinguidos pela garantia constitucional.

Estabelece o artigo 413 do Código de Processo Penal: “*O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação*”.<sup>(1)</sup>

Uma vez seja pronunciado, no entanto, ficará o réu submetido ao júri (artigo 422 do Código de Processo Penal), o qual, como instância revisora e definitiva, decidirá consoante as normas previstas no mencionado

artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição, entre as quais a de que o seu veredicto - tanto para absolver quanto para *condenar* - se perfaz mediante *votação sigilosa* (alínea *b*), isto é, sem motivação explícita. Exatamente o reverso do determinado quanto aos demais acusados, que jamais serão condenados sem explícita *fundamentação* (artigo 93, inciso IX, da Constituição).

Em consequência inexorável, certo e inocultável é que o beneficiário da garantia constitucional sempre estará exposto - ante a simples e literal interpretação do referido artigo 413 do Código de Processo Penal - a ver-se *condenado* com base em meros *indícios suficientes*.

Paradoxalmente, o acusado de autoria de crime de outra natureza, que não os dolosos contra a vida, será *absolvido* quando “*não existir prova*” de que haja concorrido para a infração penal, segundo expressa determinação do mesmo Código de Processo Penal (artigo 386, inciso V).

Indubitavelmente, para afirmar a autoria criminal, *indícios suficientes* são *menos* que *prova*.

Diante destas balizas legais, tomadas em sua literalidade, o que fica é a possibilidade de o réu sujeito à competência do júri ser condenado com apoio apenas em *indícios*, não mais que *indícios*, pouco importando a qualificação destes.

Em conclusão - conclusão sólida como rocha - o juiz, para não afrontar a Constituição, há de interpretar o artigo 413 do Código de Processo Penal como se ali se prescrevesse que a sentença de pronúncia há de calcar-se em *prova* da autoria, *certeza absoluta*, não apenas *indícios*, os quais, ainda que fortes, fortíssimos que sejam, por sua própria natureza indiciária, não conduzem, todavia, e inelutavelmente, a outro juízo que não ao juízo de *incerteza*.<sup>(2)</sup>

Vencida, com apoio em *provas*, a fase preambular de pronúncia, o júri, decidindo segundo *critérios insondáveis*, adotará ou não, *soberanamente*, o preliminar juízo condenatório emitido pelo juiz togado.

Finalidade da sentença de pronúncia, como do exposto se deduz com plena clareza, é exatamente prevenir que o réu, que se quer favorecer, seja *condenado* - mediante votação sigilosa - sem que haja *certeza absoluta* de sua responsabilidade.

### NOTAS

- (1) “*Toda inocência, por isso mesmo que é inocência, é a vítima de eleição da prova indiciária. Com indícios se chega a qualquer conclusão; imprime-se ao raciocínio a direção que se quiser. Condenar ou absolver é o que há de mais fácil e simples, quando o julgador aposta com indícios o destino do processo. Julgar só mediante indícios e, com eles condenar, é o adultério da razão com o acaso, nos Jardins de Júpiter*” (Eliezer Rosa, apud Sérgio Demoro Hamilton, *Temas de Processo Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 44, in *Revista dos Tribunais*, 879/623, janeiro de 2009).
- (2) “*Não se admite a mera probabilidade da ocorrência do fato e de sua autoria, exige-se a certeza. Afinal, a probabilidade, ainda que alta, não passa de um juízo de incerteza*” - (TJSP - Câmara Especial - rel. Des. **Fonseca Tavares** - acórdão 58.302-0/8-00 - Sorocaba -- julgamento em 24.08.2000 - votação unânime - in *Jurisprudência da AASP, Ementário* nº 2.363, de 19 a 25.04.2004).  
“*Um juízo de probabilidade, por mais robusto que se apresente, não legitima, na esfera penal, a certeza absoluta para justificar a resposta punitiva, em face do consagrado princípio do in dubio pro reo. Apelação conhecida e provida*” - (TJPR - 5ª C. - AP 388.894-4 - rel. Des. **Jorge Wagih Massad** - j. 15.02.2007 - DOE 09.03.2007 - *Boletim IBCCRIM* nº 174 - maio - 2007 - p. 1.088).

José Roberto Antonini

Advogado em São Paulo.  
Procurador de Justiça aposentado.

## COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

# DECORRE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL A PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA AOS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS?

Thiago Pedro Pagliuca dos Santos

Dispõe o artigo 5º, XLIII, CF, que os crimes hediondos e equiparados são insuscetíveis de fiança. Por conta desse dispositivo, parte da doutrina e da jurisprudência passou a entender que, sendo proibida a liberdade provisória com fiança, ficaria vedada também a concessão de liberdade provisória sem fiança.<sup>(1)</sup> O raciocínio é simples: se o crime não admite, por mandamento constitucional, liberdade provisória com fiança (mais onerosa ao acusado), como

pode admitir liberdade provisória sem fiança (menos onerosa ao acusado)?

Realmente, esta é uma ilogicidade que ainda não foi superada pelo nosso sistema processual. Espera-se que as previstas reformas do Código de Processo Penal solucionem essa questão de lógica do sistema, sem, no entanto, malferirem princípios constitucionais basilares de um Estado Democrático, tal como o da presunção de inocência.

Não obstante, vale ressaltar que tal ilogicidade existe no sistema processual penal como um todo.

Antes da Lei 6.416/77, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 310 do CPP, o sistema processual penal brasileiro era absolutamente lógico: os autores de crimes a fiança teriam direito à liberdade provisória: (1) com fiança, caso tivessem condições financeiras de suportá-la; (2) sem fiança, caso fossem pobres,

sem condições financeiras de suportá-la (artigo 350 do CPP). Os autores de crimes inafiançáveis que fossem presos em flagrante não faziam jus a qualquer tipo de liberdade provisória. Teriam, necessariamente, que aguardar presos o desfecho do processo penal, cumprindo verdadeira pena antecipada.

Percebeu-se, todavia, que malgrado a lógica do sistema, tal era injusto e contrariava o princípio da presunção de inocência. Neste sentido o magistério de **Magalhães Noronha**:

*“Realmente a custódia preventiva apresenta aspectos negativos. Por muitos é até chamada de mal necessário. No regime de liberdades individuais, seria de rejeitar-se a privação da liberdade de quem ainda não foi julgado (...). Deve, conseqüentemente, limitar-se seu emprego a casos certos e determinados”.*<sup>(2)</sup>

Fazia-se necessária, portanto, uma mudança legislativa para que a prisão cautelar passasse a se tornar exceção também nos casos em que o crime supostamente cometido fosse inafiançável (tal como roubo, por exemplo).

A mudança ocorreu. Todavia, foi pontual. Ao invés de se modificar todo o sistema, diminuindo-se - ou até mesmo extinguindo-se - os casos de inafiançabilidade, apenas alguns poucos dispositivos foram modificados, permitindo-se, destarte, a liberdade provisória sem fiança a todos os casos em que não estivesse presente hipótese autorizadora de prisão preventiva.

Manteve-se, porém, a inafiançabilidade de grande parte dos crimes mais corriqueiros na prática forense.

Patente a falta de técnica legislativa, que causou enorme ilogicidade no sistema. A partir de 1977, passou-se a admitir liberdade provisória sem fiança a todos os crimes, desde que ausente qualquer das hipóteses autorizadas da prisão preventiva (artigo 310, parágrafo único, c.c. artigo 312, ambos do CPP), mas a liberdade provisória com fiança, espécie mais gravosa ao réu, continuou restrita aos crimes mais leves.

Não obstante a ilogicidade explicada acima, a validade do parágrafo único do artigo 310 do CPP nunca foi questionada pela jurisprudência nem pela doutrina.<sup>(3)</sup> Nunca se deixou de conceder liberdade provisória a alguém acusado de cometer crime inafiançável sob o argumento de que *“proibida a liberdade provisória com fiança ao crime de roubo, por exemplo, proibida também está a liberdade provisória sem fiança a ele”*.<sup>(4)</sup>

Muito pelo contrário. O que ocorreu, em verdade, foi o desuso do instituto da fiança por muitos Magistrados, sob o argumento - que se nos afigura escorreito - de que, não sendo possível exigir-se fiança

dos acusados da prática de crimes mais graves, não é isonômico (e, portanto, é inconstitucional) exigila dos acusados da prática de crimes menos graves.

Ora, se tal ilogicidade nunca foi questionada em relação aos outros crimes inafiançáveis, por que o foi em relação aos crimes hediondos e equiparados a hediondos? Não faz sentido.<sup>(5)</sup> *Ubi eadem ratio, ibi eadem jus!*

Quando a Constituição Federal proclamou a inafiançabilidade de tais crimes, já era pacífica, em jurisprudência e doutrina, a ideia de que poderia sim um crime ser inafiançável e, não obstante, ser suscetível de liberdade provisória sem fiança.

Em síntese, deve-se concluir que da inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados não decorre logicamente - tal como proclamado por parte expressiva da doutrina e da jurisprudência - a proibição de liberdade provisória sem fiança.

## NOTAS

- (1) *“(...) é legítima a proibição de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, uma vez que ela decorre da inafiançabilidade prevista no artigo 5º, XLIII, da Carta Magna e da vedação estabelecida no artigo 44 da Lei 11.343/2006” (HC 101.112/SP, 1ª Turma, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, grifamos).*
- (2) *Curso de Direito Processual Penal*, 10. ed., 1978, Saraiva, p. 167-168, grifamos.
- (3) Nem poderia, aliás. O fundamento constitucional desse dispositivo é absoluto, uma vez que ninguém pode ser privado de sua liberdade senão depois do devido processo legal e ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.
- (4) TACRIMSP: *“Liberdade provisória - Roubo (...) - Deve ser concedida liberdade provisória ao réu processado por roubo, com pouca idade, que não registra antecedente, estuda, tem promessa de emprego e reside com a mãe, nada indiciando que vá se evadir, pois tais circunstâncias não recomendam sua manutenção no cárcere diante da precariedade atual do sistema prisional” (RJTACRIM 47/421)*.
- (5) Nesse sentido o brilhante magistério de **Alberto Silva Franco**: *“De nenhuma valia, por fim, o argumento de que, sendo inafiançáveis (...), não se poderia, por via de consequência, conceder a seus agentes a liberdade provisória. Consoante a lição de Vicente Greco Filho, chamado à colação por Odone Sanguiné, ‘a liberdade provisória sem fiança (...) aplica-se a qualquer infração penal, inclusive às inafiançáveis (...). O próprio constituinte, em outro inciso, faz a distinção entre liberdade provisória com ou sem fiança (...). A despeito de inafiançáveis, portanto, esses crimes admitirão a liberdade provisória do artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal” (Crimes Hediondos, 5. ed., RT, p. 499).*

## Thiago Pedro Pagliuca dos Santos

Aluno do 4º ano de Direito da PUC/SP.  
Aluno do Laboratório do IBCCRIM/2009.

## Entidades que assinam o Boletim:

### ■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

### ■ DISTRITO FEDERAL

- Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- 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

### ■ RIO DE JANEIRO

- Defensoria Pública Geral do Estado - DPGE

### ■ 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

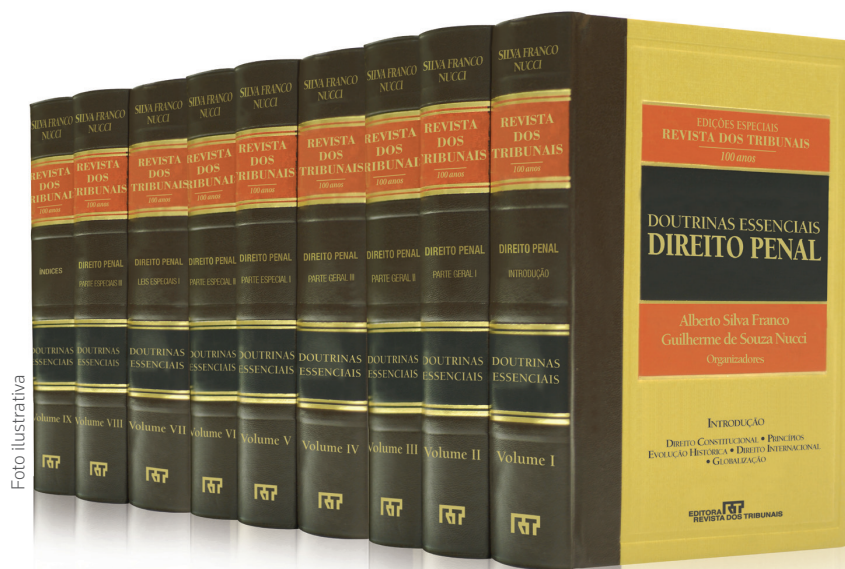
**"A partir de agora, para a maior comodidade dos associados que estão antenados com a tecnologia dos tablets, e também para aqueles que gostam de fazer um arquivo digital, o Boletim também é disponibilizado em formato PDF, no Portal IBCCRIM."**



# DIREITO PENAL DOCTRINAS ESSENCIAIS

ALBERTO SILVA FRANCO  
GUILHERME DE SOUZA NUCCI  
ORGANIZADORES

UMA VERDADEIRA ENCICLOPÉDIA  
JURÍDICA SOBRE DIREITO PENAL COM A  
RECONHECIDA QUALIDADE RT.



OBRA COMPLETA  
9 VOLUMES DE LUXO

PARA SISTEMATIZAR  
O PERMANENTE  
E O PRÁTICO.

Mais de  
**450 doutrinas**  
selecionadas.

**MAIS DE 9.000 PÁGINAS E 98 ANOS DE TRADIÇÃO ENCONTRADOS  
RAPIDAMENTE A PARTIR DE UM VOLUME DE ÍNDICES QUE PERMITE  
A CONSULTA POR TEMA, AUTOR E NOME DO ARTIGO.**

VISITE NOSSO **HOT SITE** [www.rt.com.br/doutrinas/penal](http://www.rt.com.br/doutrinas/penal)

CONSULTE HOJE O NOSSO ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR:  
**0800 702 2433**

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS