

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

IBCCRIM: 18 ANOS

Neste mês de outubro, o **IBCCRIM** completa 18 anos de existência. O número remete à maioria civil. E, no popular, ao “tomar juízo”.

Mesmo na “menoridade”, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em nome de seus objetivos estatutários, na defesa dos direitos humanos e dos princípios do Estado Democrático de Direito, tem feito muito. Basta relembrar.

O Instituto promove frequentemente cursos sobre temas de repercussão nas áreas das ciências criminais e já realizou ininterrupta e anualmente 16 Seminários Internacionais. Organiza mesas de estudos e debates para discussão de assuntos relevantes, agora transmitidas *online*, com isso atingindo público cada vez maior. Mantém há anos o Laboratório de Ciências Criminais, curso de formação complementar destinado a estudantes de graduação em Direito, com ênfase em direito penal, processo penal, política criminal e criminologia.

O **IBCCRIM** possui biblioteca especializada e sempre atualizada, que permite pesquisa *online* e é referência para todos aqueles que estudam ciências criminais e temas afins.

Mantém convênios científicos com importantes instituições e universidades. Em parceria com a Universidade de Coimbra, o **IBCCRIM** oferece ao público brasileiro o Curso de Direito Penal Econômico e Europeu e o Curso de Direitos Fundamentais.

Tem ainda um núcleo de pesquisas, que se dedica a estudos sobre administração da justiça criminal, segurança pública, violência, direitos humanos e acesso à justiça, produzindo importantes trabalhos.

As publicações do **IBCCRIM** são referência. Este Boletim, de periodicidade mensal, e que também completa 18 anos, tem o reconhecimento da comunidade jurídica pelos assuntos abordados, pelas notícias trazidas e pela seleção acurada e pormenorizada de jurisprudência, tudo visando à atualização do associado de forma concisa, objetiva e dinâmica a respeito do que há de mais relevante nas matérias que se relacionam às ciências criminais. A Revista Brasileira de Ciências Criminais, publicação bimestral do Instituto, é das mais conceituadas revistas jurídicas no âmbito das ciências criminais.

Desde 1997, o **IBCCRIM** publica monografias, com obras de reconhecido valor, visando à divulgação de trabalhos interdisciplinares que, muitas vezes, não encontram o espaço merecido no mercado editorial. Além disso, o **IBCCRIM** realiza anualmente concurso de monografias e, neste ano, premiou o ganhador, dentre 62 candidatos, do seu 14º Concurso de Monografias.

O portal do **IBCCRIM** é referência em ciências criminais no país. Conta com mais de 60.000 mil acessos mensais. Publica notícias, legislação, artigos de doutrina e jurisprudência. E abriga a Revista *Liberdades*, a revista *online* do **IBCCRIM**, de periodicidade quadrimestral, que traz artigos, entrevistas e resenhas.

O **IBCCRIM**, no âmbito de seu funcionamento, conta com comissões organizadas e especializadas de Defesa de Direitos e Garantias Fundamentais, de Direito Penal Econômico, de Código Penal e do Novo Código de Processo Penal, de Justiça e Segurança, de Sistema Prisional, de Infância e Juventude, de Política Nacional de Drogas, dentre outras, sempre com vistas a aprimorar o debate sobre estes temas.

Nestes 18 anos, o **IBCCRIM** efetivamente se nacionalizou e se internacionalizou. Nacionalizou-se, o que não é fácil em um país de dimensões continentais como o Brasil. O **IBCCRIM** rompeu as barreiras de São Paulo, onde está sua sede, e conta com coordenadores regionais, responsáveis por aproximar ainda mais o Instituto de seus associados. E o Instituto também se internacionalizou. Todo ano o **IBCCRIM** recebe, em seu Seminário Internacional, renomados professores estrangeiros, de diversos países. Integra o OLAPOC – Observatório Latino Americano de Polícia Criminal –, que examina as atuações legislativas e de política criminal dos países latino-americanos. E participa de movimentos internacionais que estreitamente se relacionam com seus ideais estatutários, como o recente apoio ao manifesto contra a pena de morte.

Em 2010, mais precisamente em agosto, o **IBCCRIM** formulou seu primeiro pedido de ingresso como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal, no RE 561.593-8, recurso extraordinário com reconhecida repercussão geral que discute a constitucionalidade ou não da reincidência como causa agravante da pena.

Enfim, não é pouco para alguém que, nos termos da lei, e se pessoa física fosse, seria ainda incapaz.

Ao completar 18 anos, espera-se que a maioria, a qual o **IBCCRIM** alcança neste mês, traga a consolidação da experiência, a reiteração constante de seus ideais e objetivos estatutários e a consagração do Instituto no cenário jurídico. Mas também se aguarda que a maioria que agora chega não retire o viço do **IBCCRIM**, caracterizado por sempre ousar, questionar, opinar criticamente, tudo isso que, até hoje, deu a tônica da existência do **IBCCRIM** e faz com que a ele se agreguem tantos novos associados e colaboradores, os quais participam por acreditar.

18 anos do **IBCCRIM**. Que o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais prossiga, vá adiante, avance, e não envelheça jamais.

EDITORIL:

- IBCCRIM: 18 ANOS 1
- JUSTIÇA E TRANSIÇÃO
Sérgio Mazina Martins 2
- EXAME CRIMINOLÓGICO –
HORA DE POR FIM AO EQUIVOCO!
Carmen Silvia de Moraes Barros e
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira 3
- INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E
NECESSIDADE DE PRÉVIO INQUÉRITO
POLICIAL (UM MERECIDO ELOGIO AO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO)
Luciano Feldens 5
- DA IMPOSSIBILIDADE DO USO DO
ACORDO DE LENIÊNCIA COMO FORMA
DE IMPEDIR O OFERECIMENTO DE
DENÚNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO
Rafael Junior Soares 6
- DA AUSÊNCIA DE DOLO NA
CONDUTA DO PSÍQUICO EM SURTO
Domingos Barroso da Costa 8
- O ABOLICIONISMO COMO
UTOPIA PRODUTIVA
Eduardo Luiz Santos Cabette 9
- DOIS PESOS E DUAS MEDIDAS:
CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-PENAI
E BIOÉTICAS DOS DELITOS DE
TRÁFICO DE ÓRGÃOS E DE CORPOS
Giovana P. Buonicore,
João Beccon de Almeida Neto e Anamaria
Gonçalves dos Santos Feijó 10
- A RELEVÂNCIA DO COMPORTAMENTO
DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL:
NOVOS CAMINHOS
Renato Silvestre Marinho 12
- OUTRA VEZ SOBRE O JUIZ DE
GARANTIAS: ENTRE O IDEAL
DEMOCRÁTICO E OS EMPECILHOS
DE ORDEM ESTRUTURAL
André Machado Maya 14
- CRIMES AMBIENTAIS: A INCIDÊNCIA
DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA
Renato Marcão 15
- AINDA SOBRE A LEI N. 12.015/2009:
E O BEM JURÍDICO?
Galvão Rabelo 16
- COM A PALAVRA, O ESTUDANTE
A CRIMINALIZAÇÃO DO STATUS
DE IMIGRANTE ILEGAL: UMA
ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA
CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DO
DIREITO INTERNACIONAL DOS
DIREITOS HUMANOS
Ana Helena Coqueiro Leite 18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- DEBATE SOBRE A
(IM)POSSIBILIDADE DE
INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO PELO
ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO 1401
- PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE
ENTORPECENTES. ESTABELECIMENTO
PRISIONAL. AUSÊNCIA DE PROVAS.
ABSOLUÇÃO. FALÊNCIA DO SISTEMA
PRISIONAL. PROVIDÊNCIAS. 1402

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1402
- Superior Tribunal de Justiça 1403
- Tribunais Regionais Federais 1404
- Tribunais de Justiça 1406

JUSTIÇA E TRANSIÇÃO

Sérgio Mazina Martins

Transição é avanço, passagem, caminhada. Não é esquecimento. Bem ao contrário, é o abandono de um passado que se conhece e que, precisamente porque se conhece, não se deseja repetir. Transição é conceito difícil para uma justiça. De regra, as justiças são inertes e indispostas a transitar. Tanto que elas próprias não transitam, pois quem realmente transita, e as empurra, é o povo, este, sim, agente de transformação. Aliás, ainda mais complicado falar-se em transição em terras que preferem a sombra, a permanência, as casas avarandadas e as continuidades.

Na *terra brasiliis* viceja uma herança forte, de um reino dito *cadaveroso*, incomodado pela situação moderna (o ilusionismo pombalino praticava um liberalismo de aparências). Dos portugueses, recebemos esse dom de prestidigitadores, um tipo paradoxal de dialética do estancamento, de sorte que tudo o que mais vale é precisamente isso: romper continuando, de sorte que não se rompa, mas que se continue.⁽¹⁾ Que se lembre a independência, a qual, logo no seu primeiro ato, consagrou imperador ninguém menos que o filho primogênito do rei português (de quem tanto se queria, ou se dizia, independe).

Vasto elenco de falsas *rupturas* seguiu-se desde então. *Rupturas* saídas da mesma fornalha em que, uma a uma, eram meticulosamente jogadas todas as novidades que por aqui chegavam. Nela, na fornalha, as novidades se cozinhavam, eram azeitadas e dissolvidas, perdendo a acidez original, temperando-se para agradar o metabolismo e os paladares mais delicados de nossas elites. Estas, sim, cada vez mais pançudas.

Desta parte do Novo Mundo, a transição mais recente é chamada *democrática*, pela qual se busca superar o chamado *militarismo latino-americano*, de traço autoritário. Mas, há quem contradiga esse mesmo militarismo, assim na pureza do termo. **Raymundo Faoro**, que muito pensou o Brasil, escreveu certa feita que foi o *agravismo*, muito mais que o militarismo, que realmente forjou nossa cultura política.⁽²⁾

Não é simples jogo de palavras. Desde sempre, foi bem esquisito esse tal militarismo que, por toda a América hispânica, fazia de tudo um pouco, menos guerras (quando se entenda por *guerra*, é claro, aquele confronto em que tropas de verdade, preparadas e armadas, enfrentam por tempo certo, na valentia, de outro lado, tropas também de verdade, preparadas e armadas). Por aqui, na América, a guerra que **Cortez** desde antes inventara contra **Montezuma** não era nada disso, mas campanha genocida, com ataque direto e interminável a povo desarmado, indefeso e enganado.⁽³⁾ Matriz, portanto, de um militarismo que cabe dizer genuinamente *atrofiado*. Ele não luta, mas massacra sem parar,

muito. Quando teve mesmo que lutar guerra de verdade, no mais das vezes, enfiou os pés pelas mãos, atabalhoado (pense-se, recentemente, nas Malvinas). Militarismo esquisito, atávico, que corre para fazer a paz nas fronteiras – poucos tiveram fronteiras extensas assim tão quietas, como a América Latina – e, ao mesmo tempo, apressado em fazer “guerra” ao povo, dentro delas. Pacífico, diplomático e colaborativo, quando a coisa é com os outros. Agressivo, valentão e impiedoso, quando a briga é com sua própria gente.

São linhas que também escreveram o militarismo brasileiro. Antes foi aquele das Bandeiras ou de Emboabas, de Palmares ou de Canudos, sempre voltado para dentro de si mesmo. Hoje, é o militarismo que toma para si a ideia de segurança pública (para dano da ideia civil de policiamento), subindo morros com tanques, helicópteros e outros apetrechos de guerra. Ou sitiando periferias em operações midiáticas e espetaculares. Seus inimigos de sempre não são exércitos de verdade ou nações estrangeiras, mas migrantes, negros, sertanejos, pobres, índios, vagabundos, capoeiras, anarquistas, comunistas, grevistas e, agora, qualquer tipo de gente tida por genericamente *perigosa*. Militarismo cujas botas servem para arrombar portas de moradias, acordando famílias assustadas, madrugada adentro, aos berros.

Podemos então dizer que uma ditadura militar é duas vezes usurpadora. Primeiramente porque é ditadura, mas também porque se autônoma *militar*, esquecendo-se – querendo que seja esquecido! – que guerra de gente valente é aquela que se faz para fora, não para dentro, sob pena de perversão absoluta das ideias de militar e de guerra.

Transição? É muito difícil qualificar assim processos tão complexos. Bem mais continuidades, isso que temos por aqui, no passar dos séculos. Vejam o que se preocupou agora em acusar: não os generais e os negócios de estirpe que patrocinavam as usurpações – afinal, não houve por aí quem dissesse ser essa ditadura um *mal necessário*? –, mas os *terroristas* que, deixando de lado aquela tal *cordialidade* (palavra citada no *ouvir dizer*), pegaram em armas para matar, roubar e insurgir.

Ora, alguém, por aí, perdeu muita aula. Não foi o século XVIII que nos constituiu o *direito de resistência* contra os usurpadores do político (e, com mais razão, contra aqueles que são duplamente usurpadores)? Ora, resistir constitui então dever cívico. E resistir a esse militarismo – como vimos, mais cênico que real – implica usar dos mesmos meios que os agressores (inclusive armas, quando armados eles primeiramente se puseram). Portanto, se não resisti, então sou eu quem deve desculpas, já que me amedrontei, e não quem o fez à

custa, sabidamente, de sua família, paz, coisas e carne. Mas não nos espantemos com esses equívocos. Um povo que não sabe onde fica a própria tragédia, também não saberá dizer, é claro, onde está seu heroísmo.

Estamos sempre às voltas com o *autoperdão*, a mais cínica de todas as grosserias. Quem perdoa a si próprio é porque planeja, no seu íntimo, continuar a ofender. Engendra repetir a mágoa e voltará, mais cedo ou mais tarde, a fazê-lo. Tanto que se perdoou e apressou a banhar-se com água. Sobre essas coisas, conta-se que os primeiros imperadores da cristandade – inclusive **Constantino** – postergavam a decisão de batizar-se, fazendo-o apenas à vista da morte. Assim, podiam continuar pecando para, somente no instante certo, serem absolvidos de um lote maior de faltas.⁽⁴⁾ Espertos, esses imperadores que guardavam pecados em conta-corrente: é temerário precipitar o perdão.

Ora, é possível que um caso erroneamente julgado fique por um instante irrecorrido por conta de uma dada conformação do que seja justiça de um país, na voz daqueles que pensam que têm voz. Mas isso não quer dizer que a justiça – enquanto força, ideia e princípio de um povo – tenha necessariamente se esgotado ou enrouquecido para sempre. Ela continua viva. Mesmo biografias são reescritas a qualquer momento e é confortante saber que todas, afinal, serão certamente reescritas. Desde já, sabemos que a punição dos crimes cometidos pela recente ditadura militar brasileira está sendo objeto de julgamentos novos e importantes, além de nossas fronteiras, pela comunidade humana. O povo ainda fará muitos julgamentos. Isso é o que mais nos importa. A isso e apenas a isso tributamos, portanto, nosso interesse.

NOTAS

- (1) Vale referir: **NEDER, Gizlene**. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. Col. Pensamento Criminológico, v. 4.
- (2) **FAORO, Raymundo**. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 683.
- (3) Sobre isso, ver: **TODOROV, Tzvetan**. *A conquista da América: a questão do outro*. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Col. Tópicos.
- (4) **VEYNE, Paul**. *Quando nosso mundo se tornou cristão*: 312-394. Trad. Marcos de Castro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 97-100. Aliás, havia desde antes uma sabedoria sobre o batismo que o medievalismo apressou-se em perder: o arrependimento não é coisa que *se sente*, mas coisa que *se pratica*. Daí que o cristão antigo tinha que pensar muito antes de deixar-se batizar, pois isso lhe implicava todo um regime novo e piedoso de vida que bem valia a pena retardar.

Sérgio Mazina Martins
Presidente do IBCCRIM.

EXAME CRIMINOLÓGICO – HORA DE POR FIM AO EQUÍVOCO!

Carmen Silvia de Moraes Barros e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

O Exame criminológico na LEP

A Lei de Execução Penal (LEP) previa, originariamente, a realização de *exame de classificação* (artigo 5º), *exame criminológico* (artigo 8º) e *parecer da Comissão Técnica de Classificação* (artigo parágrafo único do artigo 112). Diferente a nomenclatura, porque diversos seus objetivos.

Por necessário, esclareça-se que, sendo a LEP de 1984, sofre influência da “nova defesa social”,⁽¹⁾ ou seja, da crença de que é possível, através da pena privativa de liberdade, reeducar o preso, para retornar “adaptado” ao convívio social, e sua proposta vem, também, fundada no pressuposto da existência de uma prisão ideal, a qual permita, efetivamente, a individualização e o acompanhamento do cumprimento da pena.

Pois bem, visando à individualização da pena, o artigo 8º da LEP, desde 1984, determina a obrigatoriedade da realização de exame criminológico para o condenado que *for iniciado* a execução em regime fechado.

Trata-se do exame criminológico inicial, diferente do parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC), referido na antiga redação do artigo 112 da LEP, relativo ao mérito objetivo do preso para obtenção de direitos.⁽²⁾

A proposta da LEP é, pois, que, através do exame criminológico inicial, se promova a correta individualização da pena a ser cumprida, adequando-a às características pessoais do preso, respeitando-se sua personalidade e seu potencial de desenvolvimento.

No entanto, sem a necessária infraestrutura, os objetivos propostos não podem ser alcançados e os exames previstos originariamente na LEP perdem sentido.

Conhecidas a falida estrutura penitenciária, a falta geral de vagas e a desorganização endêmica, tecer atualmente arcabouço legislativo ou jurisprudencial, que tenha como premissa referida infraestrutura, transborda os limites da utopia e margem a irresponsabilidade.

Consequência da nova ordem constitucional, do respeito à dignidade da pessoa humana e do direito penal de garantias, no Estado de Direito, a individualização da pena não tem o fim de transformar ou readaptar o preso a um modelo eleito de “normalidade social”.

A constatação do fracasso da proposta de reeducação ou reinserção social permitiu o diagnóstico de falência das ideias da nova defesa social e a mudança de paradigma: não se busca ressocialização,⁽³⁾ mas sim abrandar os efeitos deletérios do cárcere, a não dessocialização.

Coerentemente, a Lei 10.792/2003 alterou o parágrafo único do artigo 112 da LEP, tornando desnecessário o parecer da CTC (travestido do inexistente exame criminológico), para instruir pedido de progressão e livramento condicional.

Acertada, nesse aspecto, a alteração promovida, pois o exame criminológico inicial jamais foi realizado e nunca houve cumprimento de pena individualizada. A equipe multidisciplinar (CTC), desviada de sua função, jamais fez tal proposta. E, sem exame criminológico inicial, despendendo qualquer avaliação posterior.⁽⁴⁾

No antigo sistema, conveniou-se chamar o parecer da CTC de exame criminológico, realizado por anos, ao arpejo da lei, de forma superficial, sem qualquer cientificidade, com a pretensão de definir destinos, analisando personalidades em minutos.

Essa vergonha não se pode restaurar.

A LEP nunca assinalou que o exame criminológico teria como objeto a previsão de prática de novos crimes. A lei indica que é dever realizar o exame criminológico inicial, mas nunca, até porque não poderia, estabeleceu qual seria seu conteúdo.

Conteúdo do exame criminológico

Não se pode, pelo exame criminológico, buscar prognóstico de prática de crimes, eis que talhado para elaboração de plano individualizado de execução da pena. Ademais, tamanha é a variedade de crimes e de circunstâncias criminógenas que torna-se impossível traçar padrão de personalidade que permita tal averiguação.⁽⁵⁾

A LEP nunca assinalou que o exame criminológico teria como objeto a previsão de prática de novos crimes. A lei indica que é dever realizar o exame criminológico inicial, mas nunca, até porque não poderia, estabeleceu qual seria seu conteúdo.

Não é, pois, dado a autoridades judiciais resolver o que deve a equipe multidisciplinar colocar no “exame”. É o profissional, detentor do conhecimento, que sabe o que é eticamente possível avaliar nas condições que tem.

Portanto, não há que se falar em desobediência se qualquer dos profissionais da equipe multidisciplinar se recusar a fazer o parecer da forma pretendida (ou determinada) por autoridade judicial, eis que eventual ordem nesse sentido será manifestamente ilegal.

A atuação dos profissionais deve estar voltada à salvaguarda dos direitos dos presos. Não se pode querer que médico, psicólogo, assistente social, terapeuta ocupacional rompam os parâmetros éticos de suas profissões para colaborar com um contingente ideário de segurança pública.



(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

1ª SECRETÁRIA: Juliana Garcia Belloque

2ª SECRETÁRIA: Cristiano Avila Maronna

1º TESOUREIRO: Édson Luís Balcan

2º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

Carina Quito,
Carlos Alberto Pires Mendes,
Marco Antonio Rodrigues Nahim,
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 Tybiriçá

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

Crítica ao retorno

Sabe-se hoje que o que se convencionou chamar de “exame criminológico” não é ético. A nenhuma categoria profissional é dado prever o futuro, com vistas a fornecer prognóstico de condenado, vez que a antevisão não é realizável com fundamento em subsídios lógicos, racionais e científicos⁽⁶⁾. Não há nenhum trabalho estatístico que permita demonstrar o acerto das conclusões que permearam os ditos exames criminológicos realizados nas décadas passadas. Pelo contrário, são conhecidos os números do caos gerado pelo retardo provocado pela exigência de dito exame como condição para o julgamento de benefícios.

O suposto “grau de periculosidade do agente”, no exame criminológico, era aferido com base na análise superficial do seu arrependimento da prática do crime e da sua conformação a “um modelo de normalidade”, pelo qual seria possível presumir sua capacidade de “adaptar-se” ao convívio social.⁽⁷⁾

Mais! Ante a realidade do sistema prisional – o qual não irá mudar por falta de interesse político – que torna impossível cumprir pena de forma minimamente individualizada, sequer se pode esperar que o aprisionamento cumpra o possível papel de conformação à normalidade no mundo real.

E, no mundo real, o que se pode esperar da pena privativa de liberdade é que, se não reedueque, tampouco desedueque; não pretendendo fazer o preso melhor, tampouco o faça pior; não podendo ressocializá-lo, que ao menos não o dessocialize. Para tanto, a pena deve ser cumprida da forma mais digna possível.

No entanto, *diante da realidade* de superlotação de nossos estabelecimentos prisionais, de abandono e desrespeito aos direitos mais básicos dos presos, tudo que se pode esperar do exame criminológico (parecer) é que esclareça como o cumprimento da pena fez mal ao preso, quanto o tornou pior.

Sabido que quanto maior o tempo de permanência no cárcere, maior a incorporação de seus valores próprios e a probabilidade de reincidência, não é admissível que se aja de forma hipócrita e se pretenda que profissionais sérios afirmem “que o preso não merece ter seu pedido deferido porque não está aproveitando a TERAPÊUTICA PENAL”.

Qual “terapia penal”? A que o socou com mais vinte pessoas em uma cela na qual cabiam duas? A que o submeteu às ordens de facção criminosa para obter a proteção que competia ao Estado dar? A que o sujeitou a maus tratos? A que submeteu sua família à extorsão? A que o obrigou a assumir o “porte” do que não lhe pertencia, a ficar em isolamento, sem poder pedir “benefício”, para, então, ser entrevistado rapidamente por um profissional que nunca viu e cuja conclusão foi que seu pedido deve

ser indeferido porque não está aproveitando a “terapia penal”? Essa “terapia penal” que não o faz uma pessoa apta a retornar ao convívio social é a mesma que fez os índices de reincidência atingirem 85%!

O fato é que a LEP, plena de boas intenções, nos vinte e cinco anos em vigor, jamais foi cumprida: diante da inviabilidade de realizar exame criminológico na entrada dos presos no sistema prisional, instaurou-se a total falta de critério e de seriedade. *Durante anos, a equipe multidisciplinar ou de saúde se submeteu à vexatória atividade de produção em série de “exames criminológicos”, fruto de rápida conversa com o preso, contendo chavões convencionados e aceitos pelos operadores do Direito.*

Com essa realidade, não se pode ser conivente.

Impossíveis de serem atendidas, por profissionais sérios, competentes, com conhecimento do dever e da ética profissionais, as recentes demandas que surgem para realização desse ilegal modelo de exame criminológico. Para realização de exame criminológico inicial, são necessárias muitas horas, muitos dias de entrevista, entre os diversos profissionais e o preso.

Dos profissionais que trabalham em estabelecimentos prisionais, como de todos os demais profissionais, é exigível seriedade. Não se pode tentar utilizá-los com a pretensão de substituir o dever do Estado de tomar as medidas necessárias para o cumprimento da lei, tampouco se lhes pode cobrar que exerçam atividade judicante, que não lhes compete.

Por fim, diga-se que o exame criminológico inicial previsto na lei, se realizado, pode ser um pequeno passo em busca da individualização que torne a pena menos dessocializadora. O exame criminológico, como prognóstico para prever novos crimes, é um retrocesso a um período de fracasso, irresponsabilidade no trato com a questão penitenciária, crença na propecta regra do criminoso nato e imposição aos profissionais da saúde de uma responsabilidade que não é, nem pode ser, deles, mas sim do juiz.

O respeito aos direitos e garantias constitucionais é obrigação de todos, mas em especial dos Poderes do Estado, eis que responsáveis por coibir abusos (e não criá-los) e situações que gerarão desrespeito aos direitos e garantias individuais.

NOTAS

- (1) A nova defesa social é movimento político-criminal inspirado na obra de **Marc Ancel** e que acredita em uma terapia penitenciária, em um tratamento ressocializador que permite ao Estado

recuperar o condenado.

- (2) “Em que pesem as opiniões no sentido de que ‘o mérito do condenado é oferecido pelos seus valores morais e intelectuais, tornando-o digno de elogio e recompensa’, tal concepção não pode ser aceita, por dar margem a interpretações de ordem subjetiva, incompatíveis com o princípio da legalidade informador da Lei de Execução Penal” (**José E. Goulart**, *Princípios informadores do direito de execução penal*).

- (3) Sobre as críticas às ideias de ressocialização,

Francisco Muñoz Conde e Mercedes Garcia Arán: “Por um lado, aparecem todas as críticas ao conceito de ressocialização na medida em que pode conter a pretensão moralizante de mudar as atitudes internas do condenado ou a hipocrisia de tentar reincorporar o indivíduo à mesma sociedade que gera as causas da delinquência, sem procurar detê-las. Assim mesmo, a reabilitação parece poder aconselhar-se exclusivamente aos delinquentes marginais, mas não àqueles perfeitamente identificados com as regras da sociedade em que vivem”. Consideram, também, em caso de crença na ideologia ressocializadora, que

sua inviabilidade em situação de privação de liberdade é incontestante, vez que a prisão se rege por regras próprias que geram sistema de valores diversos e autônomos em relação às regras sociais. “Por isso as dificuldades de educar para a liberdade desde a privação de liberdade, os efeitos negativos da ‘prisionização’ com interiorização de ditas regras de conduta e as conseqüências dessocializadoras para os condenados, que supõem precisamente o efeito contrário ao que se pretende perseguir” (Derecho penal: parte general, 1996).

- (4) **Alvino Augusto de Sá**, *Criminologia Clínica e psicologia criminal*, São Paulo: RT, 2007, p. 193.
- (5) “Especificamente quanto ao prognóstico da não-delinquência, importante ressaltar que a emissão do parecer tem como mérito ‘probabilidades’ que por si só em nada poderiam justificar negação de direitos, visto serem hipóteses inverificáveis empiricamente” (**Salo de Carvalho**, *Pena e garantias*, R. J.: Lumen Juris, 2001).
- (6) “Como fixar os critérios para prever as ações humanas, que precisamente enquanto tais são o que há de mais absolutamente imprevisível” (**Gemelli**, apud **Alexis Couto de Brito**, *Execução penal*, São Paulo: Quartier Latin, 2006).
- (7) “Se descartou a periculosidade como fundamento da pena e, com ela, a do direito penal autoritário que se pretendeu fundar com esse conceito. (...) O afastamento da periculosidade não está reduzido já a uma simples questão de direito penal, senão que representa o fundamento mesmo do direito e do discurso jurídico político constitucional. Humanos. A antropologia jus-humanista e constitucional democrática em todas suas variantes e a antropologia perigosista, são radicalmente incompatíveis” (**Eugenio R. Zaffaroni**, *La culpabilidad en el siglo XXI*, 1993).

Carmen Silvia de Moraes Barros

Defensora Pública do Estado de São Paulo.
Coordenadora do Núcleo de Situação Carcerária.

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Defensor Público do Estado de São Paulo.
Assessor Jurídico da Defensoria Pública-Geral.

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E NECESSIDADE DE PRÉVIO INQUÉRITO POLICIAL (UM MERECIDO ELOGIO AO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO)

Luciano Feldens

1. Requisitos constitucionais de validade da interceptação telefônica

Todo e qualquer ato de natureza investigatória levado a efeito pelo Estado há de revestir-se das formalidades legalmente estabelecidas. No caso da medida de interceptação telefônica, considerada sua gravidade, essa exigência é revigorada, encontrando *limitações constitucionais* subordinantes da ação estatal. Assim, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas – garantia constitucional vinculada ao direito fundamental à intimidade e à vida privada (artigo 5º, inciso X, da CF) – é apenas excepcionável “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (artigo 5º, inciso XII, da CF).

Seja na perspectiva da teoria externa dos direitos fundamentais (o direito encontra barreiras exteriores, que limitam seu exercício), seja na perspectiva de sua teoria interna (o âmbito de proteção do direito é, desde já, estabelecido por limites imanentes, que se incorporam ao seu conteúdo), são cinco os requisitos constitucionais que *condicionam a validade da intervenção estatal* em casos tais: (a) existência de lei regulamentadora (atendido pela Lei 9.296/96); (b) finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal; (c) ordem judicial – em todo o caso, devidamente fundamentada (artigo 93, inciso IX, da CF); (d) observância às hipóteses legais autorizadoras da medida; e, também, (e) obediência à *forma* estabelecida em lei.

2. A obediência à forma estabelecida em lei como condição de validade do monitoramento

Atenta à invasividade da medida no plano dos direitos fundamentais, a Constituição condicionou a validade do procedimento de interceptação telefônica não apenas às hipóteses, senão também à *forma* prevista em lei (“nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”). De tal sorte, a obediência à *forma* legalmente estabelecida à efetivação do monitoramento telefônico, longe de situar-se no plano das “simples regras procedimentais” – cuja inobservância receberia o rótulo de “mera irregularidade” –, constitui-se como um limite constitucional inultrapassável da ação estatal no setor.

A violação à *forma* estabelecida em lei representa, em realidade, uma violação à própria Constituição e, mais precisamente, uma grave e ilegítima intromissão no âmbito dos direitos fundamentais em questão (intimidade e vida privada), conduzindo, inexoravelmente, à ilicitude da prova colhida sob tais circunstâncias (artigo 5º, inciso LVI, da CF⁽¹⁾ e artigo 157 do CPP⁽²⁾).

3. Interceptação telefônica à margem de inquérito policial previamente instaurado: ilicitude da prova (artigo 5º, inciso LVI, da CF e artigo 157 do CPP)

A Lei 9.296/96, ao regulamentar o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição, estabeleceu, como primeira das formalidades essenciais ao ato, a *incidentalidade* da medida a uma investigação criminal (artigo 1º⁽³⁾). Detalhou, ainda nesse tom, a *acessoriedade* do procedimento de monitoramento telefônico ao inquérito policial, exigindo que a medida se efetive “em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal (...)” (artigo 8º da Lei 9.296/96).⁽⁴⁾

A específica exigência legal (forma) indica que a validade da interceptação telefônica subordina-se, no âmbito da investigação criminal, à prévia instauração de inquérito policial. A condicionante é inequívoca, porquanto da locução “autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial” não se pode ler “autos isolados, dispensado o inquérito policial” (a interpretação, conquanto aberta, deve sempre estar protegida de *antileituras*⁽⁵⁾).

A regra sequer precisaria constar explicitamente na lei. Decerto, o artigo 2º, inciso I, da Lei 9.296/96 exige, para o deferimento da medida, indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal. Se tais indícios existem, a ponto de justificarem a invasão ao direito fundamental, a autoridade policial já estaria, por força do próprio CPP, e com muito mais razão, obrigada à prévia instauração do respectivo inquérito policial, atividade que deve realizar, de ofício, sempre que diante de indícios de um delito de ação penal pública (artigo 5º, inciso I, do CPP).

Afora o (nada desprezível) fato de ser, o inquérito policial, o instrumento oficial disponibilizado à Polícia Judiciária para a realização das investigações criminais, a razão justificadora da formalidade é evidente: apenas mediante a instauração do inquérito, com o registro cronológico dos passos da investigação, possibilita-se o controle, ainda que *a posteriori*, sobre os atos estatais de cunho investigatório; inclusive o controle acerca da *imprescindibilidade* da diligência de monitoramento telefônico (art. 7º, inciso II, da Lei 9.296/96), juízo que somente se logra realizar à vista dos demais elementos de prova já colhidos no inquérito.

Ademais, conforme já entendeu o Superior Tribunal de Justiça, o monitoramento telefônico não poder figurar, sequer, como diligência inaugural do inquérito policial.⁽⁶⁾ O que se dirá, pois, sobre sua implementação à margem de inquérito, senão que diretamente *violadora da forma* estabelecida em lei e do próprio *direito fundamental* em causa (artigo 5º, inciso XII, da CF), e, como tal, reveladora da *ilicitude* da prova colhida (artigo 5º, inciso LVI, da CF e artigo 157 do CPP).



COORDENADORIAS REGIONAIS:

COORDENADORA-CHEFE: Juliana Garcia Belloque

1ª REGIÃO (AC, AM e RR)

Luis Carlos Valois

2ª REGIÃO (AP e PA)

João Guilherme Lages Mendes

3ª REGIÃO (MA e PI)

Roberto Carvalho Veloso

4ª REGIÃO (RN e PB)

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (AL e SE)

Daniela Carvalho Almeida da Costa

6ª REGIÃO (ES e RJ)

Márcio Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO)

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MT e RO)

Francisco Afonso Jawsnicker

9ª REGIÃO (RS e SC)

Rafael Braude Canterji

COORDENADORIAS ESTADUAIS:

COORDENADORA-CHEFE: Juliana Garcia Belloque

1ª ESTADUAL (CE)

Patrícia de Sá Leitão e Leão

2ª ESTADUAL (PE)

André Carneiro Leão

3ª ESTADUAL (BA)

Wellington César Lima e Silva

4ª ESTADUAL (MG)

Felipe Martins Pinto

5ª ESTADUAL (MS)

Marco Aurélio Borges de Paula

6ª ESTADUAL (SP)

João Daniel Rassi

7ª ESTADUAL (PR)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

André Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília Tripodi, Eduardo Augusto Pagliano

e Renato Stanzola Vieira

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

PRODUÇÃO GRÁFICA:

Ameruso Artes Gráficas - (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

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

“O *Boletim do IBCCRIM* circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas”.

“As opiniões expressas nos artigos publicados responsabilizam apenas seus autores e não representam, necessariamente, a opinião deste Instituto”.

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

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

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

| | |
|--|---|
| Teléfonista | 0 |
| Associação, pagamentos, recebimento de materiais | 2 |
| Cursos, Seminários, Publicações | 3 |
| Pós-Graduação, Laboratório Mesa de Estudos e Debates | 4 |
| Biblioteca | 5 |
| Site | 6 |
| Comunicação e Marketing | 7 |
| Núcleo de Pesquisas | 8 |
| Diretoria e Presidência | 9 |

www.ibccrim.org.br

E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e

boletim@ibccrim.org.br

4. Ministério Público e controle externo da Polícia: conclusões pela ilegalidade de interceptações telefônicas à margem de inquérito policial

A propósito, a ilicitude decorrente da tomada de diligências investigatórias pela Polícia *sem* o respaldo de investigação formal (inquérito policial) não passou despercebida ao Ministério Público Federal. É digna de destaque a notícia extraída do *site* da Procuradoria da República em São Paulo, informando que o MPF cobrou providências da Polícia sobre apreensões de droga realizadas *sem* inquérito policial. Na visão do próprio MPF, essa prática revela uma “*distorção inadmissível*”. No caso, segundo informado, essa violação da forma ainda redundou na requisição de inquérito policial para sua apuração.⁽⁷⁾

Elogiável, também, é a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo, precisamente a respeito do tema em questão. O Grupo de Atuação Especial de Controle Externo da Atividade Policial (GECEP) realizou importante estudo sobre os procedimentos adotados pela Polícia quando da realização de monitoramentos telefônicos. Em perfeita adesão ao aqui sustentado, concluíram os Promotores: “*Em regra, entende a Polícia haver elementos para a interceptação telefônica, mas não para a instauração do inquérito policial (...). Falta amparo legal, contudo, para a investigação unicamente por cautelar, que tem caráter acessório. Afinal, pressupondo a interceptação telefônica a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal e, destinando-se ela a fazer prova em investigação criminal, nos termos da Lei de Interceptação Telefônica (art. 1º, ‘caput’ e art. 2º, inc. I), inescapável a prévia instauração do respectivo inquérito policial*”.⁽⁸⁾

Intervenções dessa natureza, para além de se compatibilizarem ao perfil constitucional traçado ao Ministério Público (artigo 127 da CF), representam o início do fim da dicotomia *mocinho-bandido*, a “justificar” a “relativização” dos direitos fundamentais daqueles que se veem sujeitos a uma investigação criminal. Representam o início do fim de uma espúria

mentalidade segundo a qual a Constituição aí está para proteger o *cidadão-de-bem*. Representam, quiçá, o início do fim da insegurança jurídica, pois, como ninguém sabe sobre o dia de amanhã, intervenções dessa natureza dão-nos motivos para acreditar que, se desafortunadamente ocuparmos o banco dos réus, não seremos pejorativamente rotulados, e não se pregará, em nosso desfavor, a “relativização” dos direitos fundamentais. Intervenções dessa natureza trazem-nos, enfim, esperança. Esperança de efetiva concretização dos direitos fundamentais.

5. Atuação esperada do Poder Judiciário

Os direitos fundamentais encontram uma relação de profunda implicação com o sistema jurídico-penal. Um sistema que não pode barganhar eficiência à custa da efetividade dos direitos fundamentais. Nesse tema, não há espaço para seletividades. É preciso ter claro que os direitos fundamentais triunfam contra maiorias eventuais e contra anseios sociais efervescentes (insuflados, ou não, por interesses setorizados). Se compreendidos na perspectiva de uma democracia formal (democracia de *maiorias incontroladas*), são profundamente *antidemocráticos*. Essa forte expressão linguística, de *Alexy*, converte-se no seu real – e oposto – sentido quando perspectivados os direitos fundamentais no âmbito de uma democracia constitucional. Aí, são a própria expressão da democracia, representando o trânsito à modernidade.⁽⁹⁾

Na Europa Ocidental, diria-se: nosso presente (pós-45) se deve à garantia jurisdicional dos direitos fundamentais. Aqui, diríamos: nosso futuro depende da garantia jurisdicional dos direitos fundamentais. Da firme atuação do Poder Judiciário nesse setor depende, pois, nosso futuro.

NOTAS

- (1) *Art. 5º (...)* LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.
- (2) *Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim*

entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

- (3) *Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.*
- (4) *Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.* (grifamos)
- (5) **COELHO, Inocêncio Mártires.** *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.
- (6) STJ, HC128.087, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, Quinta Turma, j. 27/10/2009, DJe 14/12/2009.
- (7) **MPF/SP cobra providências sobre drogas apreendidas sem inquérito.** 22/01/2009 – 12h43. *Em ofício, procurador da República requer a instauração imediata de inquérito policial nos casos de apreensões de drogas que ocorrem sem inquérito. O Ministério Público Federal em São Paulo (MPF/SP) voltou a cobrar da Corregedoria Geral de Polícia Federal, em Brasília, informações sobre apreensões de droga realizadas sem a devida abertura de inquérito policial e as providências tomadas pela PF para solucionar o problema. Em novembro passado, o MPF já havia enviado ofício cobrando explicações, mas não obteve resposta. Entre novembro e janeiro, o procurador da República Roberto Antonio Dassié Diana, apenas nos inquéritos policiais sob a sua responsabilidade, encontrou 15 casos de apreensão de substâncias suspeitas em que os inquéritos foram abertos semanas ou meses depois da apreensão. O procurador considera tal distorção inadmissível e requisiou a instauração imediata de inquérito policial em todos os casos de apreensão de substâncias sem a devida investigação formal (...).* Assessoria de Comunicação – Procuradoria da República em São Paulo. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/noticia-9606/>. Acesso em 14 ago 2010.
- (8) Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/mp-sp_explica_funcionam_mal_interceptacoes>. Acesso em 14 ago 2010.
- (9) **FELDENS, Luciano.** *Direitos fundamentais e direito penal.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Luciano Feldens

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

DA IMPOSSIBILIDADE DO USO DO ACORDO DE LENIÊNCIA COMO FORMA DE IMPEDIR O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rafael Junior Soares

Com a redação da Lei n. 10.149/2000, inseriu-se na Lei n. 8.884/94⁽¹⁾ o artigo 35-B, que trouxe ao ordenamento pátrio o instrumento jurídico de origem americana⁽²⁾ denominado acordo de leniência, realizado na esfera administrativa, mas que detém consideráveis efeitos penais. Trata-se de uma figura incluída na categoria do direito premial⁽³⁾ brasileiro,

pois permite àqueles que colaborarem com as investigações ou os processos administrativos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), referente aos crimes contra a ordem econômica previstos nos artigos 4º, 5º e 6º da Lei n. 8.137/90, obterem a suspensão da prescrição durante a vigência do pacto, com a consequente extinção da punibilidade ao final

do cumprimento do acordo, e, o mais importante para o presente trabalho, o impedimento do oferecimento de denúncia pelo Ministério Público (art. 35-C, Lei n. 8.884/94).

Pois bem, não obstante a boa vontade do legislador na tentativa de tornar mais eficaz a sistemática administrativa e penal de combate aos crimes contra a ordem econômica, nota-se,

na verdade, a criação no ordenamento jurídico de mais uma figura anômala e dúbia,⁽⁴⁾ que, muito embora ainda não tenha sido objeto de exame mais aprofundado pelos Tribunais pátrios, deve ser discutida em face de seu alcance e relevância em relação às partes envolvidas no processo penal.

O dispositivo legal em exame previu a possibilidade de formalização de atos administrativos com repercussões imediatas e automáticas no processo penal, pois, o acordo de leniência concretizado no âmbito do Poder Executivo, por meio de um dos órgãos de controle da concorrência e as pessoas físicas ou jurídicas envolvidas na prática anticoncorrencial, sem qualquer participação ou acompanhamento do Ministério Público por falta de previsão legal, seria fundamento suficiente para impedir o oferecimento da peça acusatória.

Ocorre que, nos termos do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal,⁽⁵⁾ a ação penal pública é privativa do Ministério Público, não existindo qualquer outro legitimado para tal mister fora a hipótese, vista como exceção, da ação penal privada subsidiária da pública (artigo 5º, LIX, CF). A partir da análise de tal dispositivo observa-se a incongruência (para não se falar em inconstitucionalidade) ao se impedir o Ministério Público de oferecer denúncia com base em acordo administrativo em relação ao qual não participou, não opinou e tampouco detém conhecimento a respeito dos termos ali firmados.

Num singelo exame, é possível verificar que não se poderá opor o acordo de leniência como forma de impedir o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, até mesmo em razão dos princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade,⁽⁶⁾ visto que tais princípios, no Brasil, só podem ser mitigados em caráter excepcional, em hipóteses tais como a suspensão condicional do processo e a transação penal, previstas na Lei n. 9.099/95, em que o Ministério Público possui uma discricionariedade regrada, pois são situações restritas e bem disciplinadas,⁽⁷⁾ dentre as quais, como se vê na legislação atual, não se inclui o acordo de leniência.

Na espécie, não há que se falar em mitigação de tais princípios, pelo contrário, há total negação, uma vez que o *Parquet* não participa do acordo de leniência, seja pela inexistência de previsão legal, seja pela vedação principiológica da instituição. Assim, a titularidade da ação penal pública assegurada constitucionalmente impede que terceiros renunciem à promoção da função institucional do *Parquet*, sob pena de indevido afastamento do legitimado pela Carta Magna.

O que fica claro no dispositivo em tela é que o legislador tolheu a função conferida ao Ministério Público, em flagrante inconstitucionalidade,⁽⁸⁾ eis que não se pode conferir aos órgãos concorrentes incumbidos da persecução no âmbito administrativo (p.ex.: Receita Federal, COAF, SDE etc.) a possibilidade de

interferência automática no processo penal, em razão do princípio da independência das instâncias,⁽⁹⁾ sem que haja participação principalmente do *Parquet*, ou do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV, CF), ainda que por meio da homologação do acordo (tese aventada por alguns doutrinadores, com a qual não se concorda⁽¹⁰⁾).

Portanto, o acordo de leniência firmado pela SDE não poderá ser oposto ao Ministério Público como forma de impedir o oferecimento de denúncia, visto que o órgão acusatório não participou daquele pacto, inexistindo qualquer vinculação em relação àquilo que fora exposto na esfera administrativa, e, mesmo que participasse, faltaria fundamento legal para se permitir a negociação entre *Parquet*, acusado e Poderes Executivo e Judiciário em razão dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal que deverão prevalecer.

Por outro lado, há que se refletir sobre a situação do acusado que efetuou o acordo de leniência sem a participação do Ministério Público. Poderia ser processado simplesmente porque realizou o acordo com órgão administrativo (ou instituição) senão aquele responsável pela persecução penal? Numa análise perfunctória é possível concluir que o acusado terá direito de ver resguardada sua liberdade individual. Mas isso é um debate para outro estudo.

NOTAS

- (1) Conhecido como Lei Antitruste, o diploma sistematiza a matéria anticoncorrencial no Brasil, de modo a aperfeiçoar o tratamento legislativo, na busca da difusão de uma cultura de concorrência. Cria-se o "Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC", composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, pela SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculado ao Ministério da Fazenda, e pela SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, responsável pelos acordos de leniência. **FORGIANI, Paula A.** *Os fundamentos do antitruste*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 144.
- (2) **SANTOS, André Maciel Vargas dos.** *O acordo de leniência e seus reflexos no direito penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1502, 12 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10270>>. Acesso em: 01 jul. 2010.
- (3) A expressão "direito premial" foi utilizada por Rudolf Von Ihering, que previu um Estado ineficaz no combate à criminalidade, o que resultaria na necessidade de introdução de prêmios aos acusados de práticas criminosas que delatassem os comparsas, como forma de garantir o interesse da coletividade. **IHERING, Rudolf Von.** *A luta pelo direito*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- (4) "A pleora de imprecisões e o alto grau de discricionariedade da legislação brasileira levam à conclusão de que o acordo de leniência, antes de estímulo à delação e ao consequente desbaratamento da ação criminosa dos cartéis, é, muito mais, fator de inestimável risco ao delator: seja pelo aspecto jurídico, porque carrega ineficácia pela forma obscura como vem estruturado". **BRANCO, Fernando Castelo.** *Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal. Reflexões sobre o acordo de leniência: Moralidade e eficácia na apuração dos crimes de cartel*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 137/165.

- (5) Na lição de **Marcellus Polastri Lima**, "na área penal, foi-lhe assegurada a promoção privativa da ação penal pública (art. 129, I), cujo exercício se constitui em verdadeira parcela de soberania. Anteriormente, o Código de Processo Penal e a Lei Complementar n. 40 deferiam a promoção da ação penal pública à Instituição, mas sem foro de privatividade, sendo que, com a inovação constitucional, somente o *parquet* poderá promover a ação penal pública, sepultando de vez, agora com embasamento constitucional, os chamados procedimentos de ofício". **LIMA, Marcellus Polastri.** *Ministério Público e persecução criminal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 13.
- (6) De qualquer modo, como destaca **Heloisa Estellita**, em alusão à delação premiada, tema de certa forma semelhante ao instituto estudado, o Ministério Público não pode negociar com o réu fora das hipóteses expressamente previstas em lei. Tal afirmação reforça a ideia da impossibilidade de qualquer tipo de negociação no acordo de leniência, mesmo com a presença do *Parquet*, visto que os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade devem prevalecer. **ESTELLITA, Heloisa.** *A delação premiada para a identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal*. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, ano 17, n. 202, p. 2/4, set. 2009.
- (7) **LOPES JR., Aury.** *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 349/350.
- (8) **TRÊS, Celso Antonio.** *Teoria geral do delito pelo colarinho branco*. Curitiba: Imprensa Oficial, 2006, p. 183.
- (9) A distinção que se faz entre ilícito penal e administrativo é quantitativa (gravidade da infração). Dessa forma, conforme posicionamento pacífico da jurisprudência, prevalecerá o princípio da independência das instâncias, não se justificando qualquer interferência do acordo de leniência na esfera penal. **GOMES, Luiz Flávio.** *Direito Penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 68/69. Na mesma esteira, em precedente único sobre o tema: "HABEAS CORPUS – CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA – AÇÃO PENAL – TRANCAMENTO. (...) Ação penal – Falta de condição de procedibilidade – A instância penal independe da instância administrativa, não sendo a finalização do procedimento administrativo condição de procedibilidade para a persecução criminis. Acordo de leniência – LF 10149/2000 – Art. 35-B e art. 35-C – Faculdade da União que não condiciona a propositura da ação penal (...)". (TJRS, Habeas corpus n. 70009727181, 4ª Câmara Criminal, j. 30/04/2004). Ainda, em outro precedente semelhante: "(...) Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE) não inibe a intervenção do Judiciário in casu, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, a fortiori, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional. (...)". (AgRg na MC 8791/RS, Rel. Ministro **LUIZ FUX**, Primeira Turma, julgado em 02/09/2004, DJ 13/12/2004, p. 217).
- (10) Para **Rodolfo Tigre Maia** há a possibilidade de o magistrado, com a participação do Ministério Público, realizar o controle da obrigatoriedade da ação penal pública, em razão do poder-dever de apreciar a juridicidade e a legitimidade do acordo com vistas a homologá-lo. **MAIA, Rodolfo Tigre.** *Tutela penal da ordem econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 235.

Rafael Junior Soares

Advogado criminalista. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC/UFPR. Pós-graduando em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito de Coimbra e IBCCRIM.

DA AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA DO PSICÓTICO EM SURTO

Domingos Barroso da Costa

Sem oposições consideráveis, é consenso que o diagnóstico de psicose quando da prática de uma conduta tipificada pela lei penal afasta a culpabilidade de seu agente, considerando que é inimputável, por *doença mental*, conforme definição psiquiátrica. Contudo, uma maior aproximação da questão indica que as peculiaridades que caracterizam a psicose e determinam o comportamento psicótico reclamam uma melhor e mais adequada abordagem por parte do Direito Penal. Em razão do exposto é que, neste trabalho, se pretende investigar se a condição do psicótico – especialmente quando em surto – deve representar óbice à responsabilização penal do agente ou, conforme aqui se sugerirá, verdadeira excludente de seu dolo – e, logo, da tipicidade de sua conduta –, o que se examina a partir das teorias e conceitos que contemporaneamente edificam e sistematizam o Direito Penal.

Em verdade, retoma-se aqui, mas com outro enfoque, uma discussão já iniciada no artigo intitulado “Sobre a inimputabilidade do psicótico”, publicado em março de 2008, no Boletim n. 184 deste Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Porém, com o presente estudo pretende-se ir um passo adiante, inaugurando um novo debate, que gire em torno da possibilidade de se afastar a tipicidade da conduta praticada pelo psicótico em surto, o que se entende possível em razão da ausência do dolo. Ou seja, cabe debater se o surto psicótico, antes mesmo de determinar a elisão da culpabilidade, não seria suficiente a indicar a ausência de dolo por parte de seu agente.

Exposto o questionamento, visando demonstrar essa possibilidade, cumpre verificar, portanto, se o conceito de dolo amplamente acolhido pela doutrina conta com elementos adequados a abrangerem e, logo, se aplicarem à conduta do psicótico em surto. Ou seja, cabe perguntar se o psicótico em surto é capaz de dirigir finalisticamente sua conduta, a partir de uma vontade consciente. Isso porque se sabe que, desde **Welzel**, ao Direito Penal só interessam condutas que sejam finalisticamente dirigidas, ou no sentido de contrariar a lei penal – o que caracteriza o dolo –, ou no de atingir objetivos conformes ao ordenamento – o que indica a culpa, que se faz penalmente relevante não pela vontade do agente, mas pelo resultado danoso decorrente de uma conduta praticada sem a observância do dever objetivo de cuidado.

A vontade a que se refere, para além de implicar uma finalidade, requer a capacidade

do agente de se projetar no futuro através de previsões, conhecimento de limites e cálculo de consequências. Tais requisitos, por si só, já demonstram que a vontade relevante para o Direito Penal tem por pressuposto a consciência do agente que a manifesta, mesmo porque é ela que lhe possibilita reconhecer os elementos de uma conduta criminosa, projetar-se no futuro e conhecer as possíveis consequências de seu comportamento, discernindo sobre os limites que poderão ou não ser através dela violados. Não à toa que, como já antecipado, se entende “*por dolo a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto doloso (tipo objetivo). Dolo é ‘saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito’. Não exige a consciência da ilicitude, que é elemento da culpabilidade*”.⁽¹⁾

Como se verifica, não abrangendo a consciência da ilicitude do fato, a caracterização do dolo requer a consciência atualizada quanto à prática de elementos objetivos que caracterizam uma determinada figura típica. E é com base no que se entende por consciência que se faz viável defender a tese segundo a qual pode ser atípica, por ausência de dolo, a conduta praticada pelo psicótico em surto.

Toma-se por consciência a capacidade própria ao homem de, na condição de ser racional e moral, sustentar-se sobre uma estrutura simbólica que lhe permite situar-se no tempo e no espaço, possibilitando-lhe reportar-se ao passado através da memória, e projetar-se no futuro através da promessa. Por isso mesmo, trata-se a consciência daquilo que permite ao ser humano saber-se humano, na medida em que convive com outros semelhantes, os quais, com ele, dividem, em maior ou menor grau, o mesmo repertório de significantes e significações, manifestações simbólicas estruturais que funcionam como referências externas aptas a garantir uma realidade comum, uma ponte para o outro que viabiliza a coexistência numa comum-unidade.

Portanto, pode-se afirmar que a consciência uniformiza, iguala pela linguagem que a constitui, a qual funciona como lei/limite comum, o *nomos* que, separando o *eu* do *outro*, permite sua convivência e coexistência.

E é justamente a ausência desse *nomos*

que caracteriza a conduta do psicótico em surto, razão pela qual, em se comprovando essa circunstância, não há de se falar em uma conduta dirigida segundo uma consciência,

E é com base no que se entende por consciência que se faz viável defender a tese segundo a qual pode ser atípica, por ausência de dolo, a conduta praticada pelo psicótico em surto.

mesmo porque a afirmação desta pressupõe uma realidade simbólica compartilhada que só se viabiliza por aquele *nomos* ausente. Em suma, durante o surto, esfacelado esse *nomos*, o psicótico desconecta-se da realidade compartilhada, perdendo-se numa (ir)realidade exclusiva, que se impõe à sua vontade. Nessa (ir)realidade exclusiva, não há espaço para comunicação, porque interrompidas ou cruzadas as linhas de

transmissão simbólica, o que, por óbvio, também se aplica às normas de conduta consciente e coletivamente pactuadas.

Posto isso, diante dessa *desamarração* da teia simbólica provocada pelo surto psicótico – que enclausura o agente na irrealidade de seu imaginário –, verifica-se a necessidade de se realizar perícia especificamente voltada à apuração da consciência do agente, quanto aos elementos objetivos caracterizadores da conduta típica que se lhe atribui. Desde que realizada por profissionais especializados, registrem-se as plenas possibilidades dessa apuração, a qual se mostra imprescindível à justa aplicação do Direito Penal, questão sempre delicada devido à violência de sua intervenção e a incessante necessidade de legitimá-la.

Afinal, sabe-se que um psicótico em surto, imerso em sua (ir)realidade exclusiva, pode tomar para si coisa que não entende alheia, assim como pode tirar a vida de uma pessoa sem entender que a está matando. São dois breves exemplos que visam conferir concretude às abstrações até aqui trabalhadas, mas que se constroem a partir de situações possíveis, as quais, em ocorrendo, reclamam uma resposta adequada e justa por parte do Direito Penal.

NOTAS

- (1) **PRADO, Luiz Regis.** *Curso de direito penal brasileiro*, volume 1: parte geral: arts. 1º a 120. 2ª ed. rev. atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: RT, 2001.

Domingos Barroso da Costa

Graduado em Direito pela UFMG.

Especialista em Criminologia e Direito Público.

Mestre em Psicologia pela PUC-Minas.

O ABOLICIONISMO COMO UTOPIA PRODUTIVA

Eduardo Luiz Santos Cabette

Pensar em abolir o sistema penal e, especialmente, seu maior sustentáculo simbólico, o encarceramento, a pena privativa de liberdade, em tempos nos quais a banalização e a generalização das mais diversas formas de violência e criminalidade são alardeadas na sociedade, que acaba clamando, na realidade, por um exacerbamento das reações punitivas e jamais por qualquer espécie de abrandamento, pode parecer ou, até mesmo, ser algo inapropriado.

Quando, na situação atual, autores como **Hulsman**⁽¹⁾ colocam o sistema penal em questão e pugnam pela sua eliminação, propondo alternativas ao controle social, para a grande maioria das pessoas isso tem o significado de insanidade ou radicalismo sonhador.

Efetivamente, imaginar no atual contexto uma eliminação brusca do sistema penal e da pena de prisão remete a uma situação de insegurança social que até pode não corresponder exatamente à realidade em geral, mas cujo efeito pode ensejar um caos bastante real e palpável.

Dessa maneira surge a seguinte questão: seria o abolicionismo penal uma doutrina ilusória, estéril e legada ao nicho das teorias extravagantes ou excêntricas?

O conteúdo e o potencial críticos do abolicionismo penal não permitem reconhecer de forma alguma sua esterilidade e muito menos sua conformação como uma doutrina congregadora de excêntricos ou insanos incapazes de distinguir a realidade dos devaneios. No entanto, é inegável que o abolicionismo penal é hoje uma verdadeira “utopia”, mas não aquela “utopia regressiva” de que fala **Ferrajoli**,⁽²⁾ e sim uma “utopia progressiva” face ao seu potencial crítico e inovador.

Deve-se a **Thomas More** a forja do termo “*utopia*” em sua obra clássica de mesmo título,⁽³⁾ significando “*lugar nenhum*” (do grego “ou” – negação; “topos” – lugar). A palavra passou a designar “*todo projeto de uma sociedade ideal perfeita*”.⁽⁴⁾

É bem verdade que o termo “utopia” adquiriu ao longo do tempo um sentido pejorativo a designar sempre alguma coisa irrealizável ou fantasiosa. De outra banda, apresenta também uma aplicação positiva, pois que o ideal apontado pela “utopia” almejada “*contém o germe do progresso social e da transformação da sociedade*”.⁽⁵⁾

A verdade é que não há dinamismo social sem uma visão utópica. Não há mudança, não há caminho sem que o horizonte seja utópico.

Em um texto chamado “*Janela sobre a utopia*”, **Galeano** escreve:

“*Ela está no horizonte (...) – Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais*

que eu caminhe, jamais a alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para caminhar”.⁽⁶⁾

Portanto, não há mal algum nem insanidade em desejar e planejar uma sociedade livre dos cárceres, das penas afitivas. Não há mal algum em apontar as irracionalidades, incongruências, disfuncionalidades e desigualdades do sistema penal, pugnando por novas alternativas. O abolicionismo penal, enquanto instância crítica do sistema criminal, tem contribuído e pode seguir contribuindo para o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle social com um enfoque humanizador e redutor da violência interna ao próprio sistema.

A doutrina do abolicionismo penal mostra escancaradamente o quanto é deletéria e irracional a acomodação viciosa e simplista que correlaciona a conduta desviante com a pena criminal, especialmente a pena de prisão. Em última instância, demonstra a incoerência do combate da violência pela própria violência do sistema, que a reintroduz num verdadeiro círculo vicioso na sociedade. Isso sem falar na demonstração que, juntamente com a chamada “*criminologia crítica*”, torna o caráter ideológico e opressivo das massas excluídas ínsito ao sistema penal em sua clássica conformação.

Entretanto, também seria simplista a defesa da abolição pura e simples do sistema penal e das prisões sem que instituições sejam criadas de forma a poderem tornar obsoletas tais alternativas que hoje aparentam ser as únicas e que efetivamente monopolizam a reação social ante o desvio. O pensamento abolicionista pode ser o motor para iniciativas inovadoras de combate à criminalidade e à violência em geral, de promoção de uma sociedade mais justa e igualitária, na qual a prisão e o sistema penal como um todo venham a ser algo, senão totalmente obsoleto, francamente excepcional.

Esse é o pensamento de **Davis** sobre o tema:

“*Ao pensarmos especificamente na abolição das prisões usando a abordagem da democracia da abolição, iríamos sugerir a criação de uma série de instituições sociais que começariam a resolver problemas sociais que colocam as pessoas na trilha da prisão, ajudando, assim, a tornar os presídios obsoletos. Existe uma conexão direta com a escravidão: quando a escravidão foi abolida, os negros foram libertos, mas lhes faltava acesso a recursos materiais que lhes possibilitariam moldar vidas novas, livres. As prisões prosperaram no último século precisamente por conta da falta dessas estruturas e pela permanência de algumas estruturas da escravidão. Elas não podem, portanto, ser eliminadas, a não ser que novas instituições e recursos estejam disponíveis para essas comunidades, que fornecem, em grande parte, os seres humanos que compõem a população carcerária*”.⁽⁷⁾

Realmente o paralelo com a abolição da

escravidão, tal qual se processou nos Estados Unidos e no Brasil, vem a calhar. A eliminação brusca daquela instituição, sem a criação de um ambiente adequado para a colocação social de um aglomerado de pessoas, que foram simplesmente jogadas na liberdade sem qualquer amparo, fez com que as desigualdades se perpetuassem e as senzalas fossem substituídas pela pena de morte e pelo encarceramento em massa. Semelhantemente, a eliminação das prisões e do sistema penal em sua conformação atual de forma repentina, sem a criação de condições para sua gradativa alteração, até que se torne realmente obsoleto e possa sofrer uma contração drástica, constitui uma temeridade. No entanto, o abolicionismo funciona como instância crítica e produtiva de mudanças sociais e jurídicas na busca de um objetivo mais elevado. Se os resultados imediatos não podem ainda ser os melhores, aqueles que se vislumbram no horizonte da utopia, isso não importa e não retira das doutrinas abolicionistas seu caráter crítico e fomentador de dinamismo benfazejo. Como ensina **Frankl**, é necessário mirar nossos objetivos em pontos acima daquele que se pretende atingir, incluindo nossas “*mais altas aspirações*”, porque, quando já se parte com um objetivo mediano ou baixo, é certo que os resultados sejam insatisfatórios.⁽⁸⁾

Nesse aspecto o abolicionismo configura-se muito mais como um caminho do que como um ponto de chegada. O sistema penal não é a solução para a violência e a criminalidade contemporâneas nem é solução sua continuidade repetitiva, como também não é solução sua eliminação pura e simples. É preciso realmente trilhar um caminho que se liberte do sistema penal, da visão do Direito Penal como panacéia para todos os males, de forma a encontrar verdadeiras respostas para os conflitos sociais sem necessidade de lançar mão da violência, seja ela legal ou marginal. Mister se faz pensar em uma alternativa, não de um Direito Penal melhor, mas de algo melhor do que o Direito Penal.⁽⁹⁾ Com o tempo, os efeitos dessa postura inovadora, inspirada (por que não?) em uma visão utópica (afinal o novo pode ainda não ter lugar no mundo), certamente produzirá bons frutos e poderá tornar a prisão e o sistema penal, hoje aparentemente imprescindíveis, em instrumentos obsoletos e excepcionais, conformando, na prática, o Direito Penal como *ultima ratio*. O pensamento utópico é prospectivo, direcionado para o futuro, nada tendo de imediatista. Conforme lembra **Bauman**, “*a força motriz por trás da busca da utopia não é uma razão teórica nem uma razão prática. Também não é cognitiva, nem é o interesse moral, e sim o princípio da esperança*”.⁽¹⁰⁾

Não há forma melhor de encerrar essas considerações do abolicionismo penal como

utopia produtiva senão com o pequeno – e belo – poema de **Mário Quintana** intitulado “Das Utopias”:

“Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas”⁽¹¹⁾

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUMAN, Zigmunt.** *Vida a crédito.* Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- DAVIS, Ângela Yvonne.** *A democracia da abolição.* Trad. Artur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: Difel, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006.
- FRANKL, Vitor Emil.** *Um sentido para a vida.* Trad. Victor Hugo Silveira Lapenta. 15ª ed. Aparecida: Ideias & Letras, 2005.
- GALEANO, Eduardo.** *As palavras andantes.* Trad. Eric Nepomuceno. 4ª ed. Porto Alegre: L&PM, 1994.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de.** *Penas*

perdidas. Trad. Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Niterói: Luam, 1997.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

MORE, Thomas. *A utopia.* Trad. Luís de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

QUINTANA, Mário. *Antologia poética.* Porto Alegre: L&PM, 2001.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito.* Trad. Marlene Houzhousen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NOTAS

- (1) **HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de.** *Penas perdidas.* Trad. Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Niterói: Luam, 1997, “passim”.
- (2) **FERRAJOLI, Luigi.** *Direito e razão. Teoria do garantismo penal.* Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2006, p. 234.
- (3) *A Utopia.* Trad. Luís de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 2004, “passim”.
- (4) **JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo.** *Dicionário Básico de Filosofia.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 267.
- (5) Op. cit., p. 267.

- (6) **GALEANO, Eduardo.** *As palavras andantes.* Trad. Eric Nepomuceno. 4ª ed. Porto Alegre: L&PM, 1994, p. 310.
- (7) **DAVIS, Ângela Yvonne.** *A democracia da abolição.* Trad. Artur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: Difel, 2009, p. 114.
- (8) **FRANKL, Vitor Emil.** *Um sentido para a vida.* Trad. Victor Hugo Silveira Lapenta. 15ª ed. Aparecida: Ideias & Letras, 2005, p. 23/24.
- (9) **RADBRUCH, Gustav.** *Filosofia do direito.* Trad. Marlene Houzhousen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 246.
- (10) **BAUMAN, Zigmunt.** *Vida a crédito.* Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 17.
- (11) *Antologia poética.* Porto Alegre: L&PM, 2001, p. 36.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia.

Mestre em Direito Social.

Pós-graduado com especialização em

Direito Penal e Criminologia.

Professor de Direito Penal, Processo Penal,

Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal

Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal.

DOIS PESOS E DUAS MEDIDAS: CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-PENAI E BIOÉTICAS DOS DELITOS DE TRÁFICO DE ÓRGÃOS E DE CORPOS

Giovana P. Buonicore, João Becon de Almeida Neto e Anamaria Gonçalves dos Santos Feijó

A bioética possui o intuito de analisar as questões éticas de determinados temas que surgem na sociedade. À medida que esta se desenvolve e cresce em número, mais complexas se tornam as relações sociais. Novos problemas surgem, bem como novos impasses, em que cada vez mais frequente resta-se destacada a dicotomia entre os interesses individuais frente aos da coletividade. Certamente, um dos nós desse emaranhado é a questão da reificação e, ipso facto, da comercialidade do corpo humano e/ou de suas partes.

Neste diapasão, o direito à autonomia do sujeito imbrica-se como um progresso moral do indivíduo sobre o próprio corpo, servindo de pano de fundo a uma ideia instrumentalizada do corpo humano. Diante dessa realidade, podemos traçar as seguintes questões: será a venda de órgãos e toda a comercialização do corpo um avanço a espera de uma legalização (já que após a laicização, o homem pode dispor do seu próprio corpo como bem lhe aprouver)? Ou, em contrapartida, tal situação, consiste em uma nova forma de exploração da pessoa humana, uma nova roupagem de exemplos históricos vividos por nossa sociedade (como a questão da servidão no sistema medieval ou mesmo a da própria escravidão)?

Em nosso país, a Constituição Federal veda qualquer forma do uso do corpo humano e suas partes como objeto de comércio (artigo 199, § 4º). A mesma disposição pode ser observada na Lei de Doação de Órgãos, artigo 15, prevendo inclusive tipo penal específico para o tráfico de órgãos, com pena de reclusão de três a oito

anos mais multa de 200 a 360 dias-multa. O bem jurídico a ser tutelado nesse caso seria a dignidade do ser humano, que não pode ter seu corpo fragmentado e vendido.

Diante do exposto, cabe se perguntar qual é o tratamento jurídico para o corpo como um todo. O corpo humano, no caso o corpo morto, é tutelado da mesma forma que os órgãos que o constituem? Invocam o mesmo bem jurídico? Caso contrário, qual o bem jurídico resguardado em relação ao cadáver?

Como citado anteriormente, há a lei específica que trata da doação de órgãos, possuindo tipo específico que veda a comercialização do mesmo, com pena relativamente alta. Já no que tange aos crimes de tráfico de corpos, por não apresentar lei especial própria ou mesmo um tipo legal específico em nosso ordenamento jurídico, a análise reside em uma auscultação do Código Penal, nomeadamente do Capítulo II do Título V, dedicado à questão dos crimes contra o respeito aos mortos (artigos 209-212).

O artigo 209 trata do impedimento ou perturbação de cerimônia funerária, prevendo como pena a detenção de um mês a um ano ou multa. O artigo 210 trata de violação de sepultura e prevê uma pena de reclusão de um a três anos e multa. Tal assunto é abordado sob o viés de uma orientação de origem religiosa na qual o corpo humano animado ou inanimado apresenta-se como algo sagrado. Ao analisar a legislação, o artigo 211 do Código Penal demonstra ser crime destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele, com pena de reclusão de um a três anos e multa.

Por derradeiro, o último dispositivo a ser exposto tipifica o crime de vilipêndio a cadáver, possuindo como pena detenção de um a dois anos e multa.

Portanto, como podemos observar, o crime de tráfico de corpos humanos somente pode ser tipificado no supracitado art. 211 (subtrair), tendo em vista a omissão de uma legislação específica sobre o tema. Ainda, com relação ao tipo, verifica-se que a pena imposta ao crime de tráfico de corpos apresenta-se inferior ao que é previsto para os casos que envolvem o tráfico de órgãos. Por conseguinte, esta situação nos faz refletir sobre o que fundamenta tal disparidade: (a) um reflexo de um comportamento cultural marcado pelo misticismo ou (b) uma metodologia legislativa de eleição de bens jurídicos tutelados que apresentam clara diferença valorativa.

Embora o ser humano seja um ser autônomo, que possui *a priori* a “*faculdade de dar leis a si mesmo*” (BOBBIO, 1997, p. 62), essa autonomia é relativizada na forma da lei: o homem não é dono de si mesmo de forma absoluta. Limitação esta, promovida no âmbito estatal, como forma de proteção do próprio ser humano e de garantia da manutenção de sua dignidade, bem como dos valores sociais. Por isso, a nossa sociedade objetiva rechaçar o uso instrumentalizado do homem ao proibir qualquer tipo de comercialidade que envolva corpo humano, órgãos, partes e fluidos.

Até a segunda metade do século XIX, o corpo humano não constava como um termo a ser estudado, inclusive nas enciclopédias jurídicas inexistia o termo “corpo”. Claro que

o Direito não desconhecia o corpo humano, só que ele era visto de forma indireta. Por exemplo, o comércio do corpo propriamente dito era analisado como uma instituição econômica e a prostituição como uma violação de costumes, e não como contrato envolvendo o corpo humano (HERMITTE, 1999).

Hoje, todavia, com a evolução tecnocientífica, nomeadamente na área da saúde, associada a um pensar laico, observamos que isto mudou. O corpo humano transforma-se em fonte de matéria-prima para as indústrias farmacêuticas ou é instrumentalizado para fins terapêuticos na medicina. Essa transição, no mundo ocidental, ocorreu de forma relativamente rápida (HERMITTE, 1999).

Não nos parece lógico, considerando o exposto, que o bem jurídico do crime de tráfico de corpos resida como sendo a memorialidade. Na verdade, este delito vai, da mesma forma que a proibição do tráfico de órgãos, de encontro aos valores morais de nossa sociedade, dentre eles a dignidade do ser humano. Nesse diapasão, ambos os crimes deveriam apresentar mesmo nível de proteção e reprovação penal.

Podemos observar que o corpo humano apresenta, digamos assim, uma roupagem descritiva, em que não sobra espaço ao não descrito; uma linguagem sem valores, na qual o que enxergo significa o limite da tutela fomentada, que, no caso dos crimes de roubo ou tráfico de cadáveres, limita-se à memória dos parentes ou, a partir da nossa ótica, à dignidade da pessoa humana. Mas se analisarmos o mesmo crime em relação aos órgãos, observaremos que a tutela transpõe o apa-

rente, deixando o caráter puramente descritivo e entrando no campo da metáfora.

O uso da metáfora procura fomentar destaque ao que é descrito. Assim, podemos inferir que o nosso ordenamento jurídico procura dar maior importância à proteção do crime de tráfico de órgãos em relação ao crime de tráfico de cadáveres, pois, não invariavelmente, ele busca defender, pelo menos de forma mediata, a vida que aquele órgão poderia salvar ou que fora prejudicada permanentemente ou até mesmo ceifada devido a sua extração. Dessa maneira, procuramos defender a existência de uma consonância entre os discursos, e não a sua evidente disparidade, uma vez que não podemos suportar, em um mesmo ordenamento jurídico, situações que denotam, a um mesmo bem, definições antagônicas. Deve, portanto, ficar claro o bem jurídico a ser tutelado de modo a justificar a disparidade desses discursos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff des Ehrenkränkungs. Archiv des Criminal Rechts, Neue Folge*, Bd. 15, Zweites Stück, Halle, 1834. Apud.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva.
- BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*. Brasília: UNB, 1997.
- BRETON, David Le. *Adeus ao corpo. Antropologia e sociedade*. São Paulo: Papius, 2003.
- HERMITTE, Marie-Angele. *Comercialização do corpo e dos seus produtos*. In: HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Dicionário da bioética*. Trad. Maria de Carvalho. Portugal: Instituto Piaget, 1999, p. 73/81

KOTTOW, Miguel. *Bioética prescritiva. A falácia naturalista. O conceito de princípios na bioética*. In: GARRAFA, Volnei, KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. *Bases conceituais da BIOÉTICA, enfoque latino-americano*. São Paulo, 2006, p. 25/45

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. v. 3.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgão e tecidos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal interpretado*. 3ª ed. Jurídico Atlas.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 6ª ed. p. 812.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contribuindo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: RT.

UNIÃO EUROPÉIA. Conselho da Europa. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina*, de 4 de abril de 1997. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos->>.

Giovana P. Buonicore

Acadêmica da Faculdade de Direito da PUCRS.
Bolsista de iniciação científica do Laboratório de Bioética e de Ética Aplicada a Animais pelo programa PIBIC/CNPq.

João Becon de Almeida Neto

Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS.
Bolsista pela CAPES. Pesquisador associado do Laboratório de Bioética e de Ética Aplicada a Animais do Instituto de Bioética da PUCRS.

Anamaria Gonçalves dos Santos Feijó

Professora da Faculdade Biociências da PUCRS.
Doutora em Filosofia – ênfase em Bioética.
Coordenadora do Laboratório de Bioética e de Ética Aplicada a Animais.

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 de atividades desenvolvidas no ano de 2010;
4. Apresentação e aprovação das propostas de 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

A RELEVÂNCIA DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL: NOVOS CAMINHOS

Renato Silvestre Marinho

O direito penal apresenta sentido histórico, acompanhando as alterações da cultura e dos valores na sociedade.⁽¹⁾

Passamos de uma sociedade industrializada a uma sociedade pós-industrializada, denominada sociedade de risco.⁽²⁾ Abundância de informações, desenvolvimento tecnológico, novas formas de interação entre as pessoas. Transformações nas relações da sociedade geralmente exigem mudanças de paradigmas no direito, mormente no direito penal, concebido como forma de controle social.

O direito penal deve, portanto, acompanhar todas essas evoluções sociais, sob pena de mergulhar-se em uma crise de legitimidade e de identidade. Surge daí a necessidade de enfrentamento de diversas questões, do surgimento de novas teorias e até mesmo do desenvolvimento de um novo sistema jurídico-penal.

Dentre essas questões, coloca-se o papel da vítima inserido na teoria do delito. O fato em tese criminoso, como fenômeno sócio-jurídico, envolve sempre um ou mais sujeitos ativos – autores e partícipes – e um ou mais sujeitos passivos – vítimas. Dentre a infinidade de possibilidades de interação entre autor e vítima, são inúmeras as situações em que a vítima, portadora do bem jurídico, contribui de forma decisiva para a ocorrência da lesão ou do perigo de lesão a este bem.

No exemplo em que A, querendo chegar de qualquer modo a determinado lugar, insiste para que B, condutor do veículo, desobedeça a um sinal luminoso de trânsito. Embora relute a princípio, B acaba cedendo aos insistentes apelos de A, vindo a colidir o veículo e produzir lesões neste passageiro. Deve B ser punido pelas lesões em A?⁽³⁾ Ou no caso em que C vende heroína a D. Os dois sabem que a injeção de certa quantidade de tóxico gera perigo de vida, mas assumem o risco de que a morte ocorra. C o faz, porque o que lhe interessa é principalmente o dinheiro, e D, por considerar a sua vida já estragada e só suportável sob estado de entorpecimento. Deve C ser punido por homicídio cometido com dolo eventual, na hipótese de D realmente injetar em si a droga e, em decorrência disso, morrer?⁽⁴⁾ E, ainda, na situação em que um motorista, transitando com descuido pela esquerda, vem a matar um suicida que se joga sob as rodas de seu carro, deve o motorista ser punido pelo crime de homicídio culposo?⁽⁵⁾

Para a solução de casos como esses, qualquer tentativa de estruturação jurídica do delito deve, necessariamente, compreender

o fenômeno do crime tomando, como eixo central, não só o comportamento do autor, como também o da vítima.

Historicamente, após viver sua “Idade de Ouro” nos tempos primitivos, a vítima foi relegada a segundo plano com a assunção do poder punitivo pelo Estado, e somente nos últimos tempos vem sendo redescoberta.⁽⁶⁾

Nesse cenário, para solucionar casos em que a vítima contribui para o resultado lesivo, a dogmática penal recorreu (e ainda recorre), tradicionalmente, à figura do consentimento do ofendido,⁽⁷⁾ às noções de previsibilidade ou de evitabilidade do resultado presente nos delitos culposos e aos mandamentos do concurso e da compensação de culpas.⁽⁸⁾

Todavia, segundo o pensamento mais recente de uma vertente da dogmática penal, essa perspectiva tradicional vem se mostrando insuficiente e inadequada para regular todas as situações em que há uma interação especial entre autor e vítima, sobretudo face às novas exigências da sociedade do risco, fato que poderia resultar em soluções desastrosas para determinados casos jurídico-penais.

Nesse contexto, no âmbito do sistema funcionalista penal, segundo o qual todas as categorias do delito devem ser construídas tendo em vista a função do direito penal, destaca-se o surgimento da teoria da imputação objetiva, criada e desenvolvida pelo professor alemão **Claus Roxin**, aproximadamente em 1970, apoiando-se nas ideias de **Larenz** e **Honig** e na filosofia jurídica de **Hegel**. Conferindo ao tipo objetivo uma importância muito maior da que ele até então tinha, tanto na concepção causal como na final, **Roxin** acrescenta-lhe novos critérios essencialmente normativos, não se contentando mais com a causação meramente natural. De forma bastante simplificada, diz a teoria da imputação objetiva de **Roxin**, trabalhando com uma teoria do risco e norteada pela função do direito penal de proteção de bens jurídicos (funcionalismo teleológico), que um resultado só deve ser imputado ao agente como obra sua, e preenche o tipo objetivo, unicamente quando o seu comportamento cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo.⁽⁹⁻¹⁰⁾

Historicamente, após viver sua “Idade de Ouro” nos tempos primitivos, a vítima foi relegada a segundo plano com a assunção do poder punitivo pelo Estado, e somente nos últimos tempos vem sendo redescoberta.

Com repercussões principalmente nos delitos culposos, a teoria da imputação objetiva, ao menos em suas linhas substanciais, vem ganhando cada vez mais espaço, sobretudo na Europa. Entre seus defensores, existem opiniões diversas a respeito de vários problemas individuais e até mesmo acerca de seus elementos estruturais. Dentre eles, destaca-se o professor **Günther Jakobs**, também de nacionalidade alemã, que baseia sua teoria da imputação, orientada pela função do direito penal de estabilização do ordenamento (funcionalismo sistêmico), na violação de um papel que cada pessoa assume na sociedade. **Jakobs**

ressalta que apenas caberá a imputação objetiva quando o agente violar o seu papel social, edificando sua teoria da imputação sobre quatro instituições: risco permitido; princípio da confiança; proibição de regresso; competência ou capacidade da vítima.⁽¹¹⁾

Cumprir destacar que tanto **Roxin** quanto **Jakobs** trabalham, cada um à sua maneira, com uma série de subconceitos, tais como: incremento do risco; diminuição do risco; princípio da confiança; princípio da autor-responsabilidade; fim de proteção da norma; modelos de riscos. Dessa forma, como uma de suas principais conquistas, acabam por redescobrir a relevância do comportamento da vítima para a tipicidade.⁽¹²⁾

Para se ter uma ideia da utilização desses subconceitos em casos reais, vale transcrever a ementa do *leading case* da jurisprudência alemã, o qual, adotando critérios da teoria da imputação objetiva, destaca o comportamento da vítima como causa excludente da imputação:

“Autocolocações em perigo queridas e realizadas de modo auto-responsável não estão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vítima conscientemente se expôs se realize. Quem apenas provoca, possibilita ou facilita uma tal autocolocação em perigo não é punível por delito de lesões corporais ou homicídio.”⁽¹³⁾

Na América Latina, destaca-se o pensamento do professor argentino **Eugênio Raúl Zaffaroni**, que, considerando que a função do direito penal é reduzir a intervenção do poder punitivo (funcionalismo redutor), critica as teorias da imputação objetiva de

Roxin e Jakobs e desenvolve uma teoria da tipicidade conglobante, asseverando que só há tipicidade penal quando constatada a lesividade de um comportamento e a sua pertinência a um agente. **Zaffaroni** introduz a teoria do risco na concepção conglobada da norma e, no que se refere ao comportamento da vítima, trabalha com conceitos como acordo ou assunção do risco por parte do sujeito passivo.⁽¹⁴⁾

Outra forma de consideração do comportamento da vítima, ainda no âmbito da teoria do delito, é a chamada vitimodogmática, que consiste em uma regra de interpretação ou princípio segundo o qual o direito penal não está legitimado a intervir quando a vítima puder exigivelmente autoprotoger-se.⁽¹⁵⁾

De certa forma, o desenvolvimento da dogmática penal representa a tentativa de esclarecer algumas questões fundamentais: é legítima a intervenção penal quando a vítima contribui de modo significativo para o resultado de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico? Considerando a atual sociedade de risco, pode-se afirmar que os critérios oferecidos tradicionalmente são suficientes para regular tal situação? Que proteção deve merecer um bem jurídico cuja tutela não interessa ao seu único titular, seja porque ele próprio o coloca em perigo, ou porque renuncia à sua proteção? E, neste ponto,

quais os limites do direito penal em um Estado Democrático de Direito?

O desafio que se apresenta ao operador do direito é, pois, o de buscar respostas a essas questões, avaliando quais critérios devem ser utilizados em uma sociedade de risco para que se produza uma solução adequada aos casos jurídico-penais nos quais a vítima contribui decisivamente para o resultado de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

NOTAS

- (1) **REALE JÚNIOR, Miguel.** *Teoria do delito*. São Paulo: RT, 1998, p. 13/18.
- (2) Sobre a sociedade do risco: **BECK, U.** *La sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- (3) **TAVARES, Juarez.** *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- (4) **ROXIN, Claus.** *A teoria da imputação objetiva*. Em: *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101/131.
- (5) **CEREZO MIR, J.** citado por: **REALE JÚNIOR, Miguel.** *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 241.
- (6) **OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt.** *A vítima e o direito penal*. São Paulo: RT, 1999.
- (7) No Brasil, o consentimento do ofendido é utilizado, quase sempre, como causa supralegal de excludente de ilicitude, enquanto na Itália, por exemplo, é previsto expressamente no Código Penal (art. 50).
- (8) Fundamentais sobre o tema: **PIERANGELI, José Henrique.** *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo:

RT, 2001; e **CANCIO MELIÁ, Manuel.** *Conducta de la víctima e imputación objetiva em derecho penal*. Barcelona: Bosch, 2001.

- (9) **ROXIN, Claus.** *A teoria da imputação objetiva*. Em: *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101/131.
- (10) **Miguel Reale Júnior**, apesar de adotar uma postura crítica em relação ao funcionalismo, reconhece que “algumas das contribuições da teoria da imputação objetiva possam ser adotadas dentro de uma visão finalista”, sendo tal construção, sobretudo nos crimes culposos, “relevante em uma sociedade de riscos como a pós-industrial” (*Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 128, notas 9 e 10).
- (11) **JAKOBS, Günther.** *A imputação objetiva no direito penal*. São Paulo: RT, 2000.
- (12) **GRECO, Luís.** *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 62.
- (13) BGHSt 32, p.262 e SS, citado em: **GRECO, Luís.** *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 63/64. Interessante notar, ainda, que o direito penal alemão, ao contrário do brasileiro, não pune a participação em suicídio.
- (14) **ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.** *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- (15) **GRECO, Luís.** *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 68/69. **Greco** refere-se a autores como **Bernd Shuneman** e **Jésus-Maria Silva Sanchez**.

Renato Silvestre Marinho

Graduado em Direito pela UFMG.

Especialista em Ciências Penais pela PUC-Minas.

Mestrando em Direito Penal pela USP.

Advogado.

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 Madri 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) 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.

VI SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE BROTAS – BROTAS / SP

Dias 26 e 27 de novembro de 2010.

Em breve mais informações no Portal **IBCCRIM**.

OUTRA VEZ SOBRE O JUIZ DE GARANTIAS: ENTRE O IDEAL DEMOCRÁTICO E OS EMPECILHOS DE ORDEM ESTRUTURAL

André Machado Maya

Está em tramitação, desde o final de 2009, no Congresso Nacional, o PLS 156/2009, que propõe a reforma global do Código de Processo Penal brasileiro. Paralelamente à sua análise pelas Casas Legislativas, mobilizam-se as mais variadas instituições diretamente interessadas no assunto (AMB, CNJ, CNMP entre outros) para a assimilação e o debate acerca das mais variadas alterações processuais que compõem o projeto da nova legislação processual penal. Entre os temas mais polêmicos, está o instituto do Juiz das Garantias, inserido no Título II do Livro I do referido projeto de lei, que versa sobre a investigação criminal.

Orientada por um ideal democrático, a comissão de juristas nomeada para redigir o anteprojeto do novo Código de Processo Penal, ainda que timidamente, aprovou, no relatório final, algumas alterações sintomáticas em relação ao modelo processual atualmente vigente no Brasil, emprestando, ao que veio a se tornar o PLS 156/2009, uma roupagem mais aproximada do denominado sistema acusatório. Prova disso é a criação da figura do *juiz das garantias*, instituto já existente nos Códigos de Processo Penal de países como Chile, Paraguai e Colômbia, bem como nas legislações processuais penais de algumas províncias da Argentina. Em apertada síntese, trata-se da criação de um órgão jurisdicional com competência exclusiva para atuação na fase pré-processual, a quem será dado zelar pela legalidade da investigação criminal e tutelar a plena observância dos direitos e garantias fundamentais do investigado.

A importância do juiz das garantias, como proposto no PLS 156/2009, e como de resto se verifica nos demais países onde já está a vigorar, reside na separação da persecução penal em dois distintos e inconfundíveis momentos, com a atribuição da atividade de instruir e julgar o processo a um magistrado diferente daquele que acompanhou a investigação penal e a colheita dos elementos indiciários orientados a embasar a denúncia do Ministério Público. Com isso, preserva-se a imparcialidade do juiz competente para o julgamento do mérito da ação penal, evitando a sua contaminação subjetiva inerente à fase pré-processual, e otimiza-se a garantia do contraditório, viabilizando que o magistrado julgador tome contato com a prova e, portanto, forme sua convicção, apenas durante a instrução criminal, com a paritária participação da acusação e da defesa.

Com efeito, a criação do instituto do juiz de garantias foi saudada nos países onde já adotado, não apenas da América Latina, mas também da Europa, como é o caso da Itália, em que a atuação na fase preliminar é atribuída ao *giudice per indagini preliminari*, figura assemelhada ao que agora propõe o PLS 156/2009. A propósito, afirma **Christian Bernal Duarte**, sobre o

juiz de garantías no Paraguai, que “*la nueva ley procesal penal permite la inserción del Juez Penal a este modo democrático de resolver conflictos penales*”.

Cientificamente, não há, de fato, críticas ao instituto do juiz de garantias. Impossível, efetivamente, questionar a sua aderência ao modelo acusatório-democrático de processo, ou, quiçá, duvidar de que se trata de uma maneira eficaz de tutelar a imparcialidade do julgador e garantir, por consequência, o *giusto proceso* (devido processo legal). Por que, então, resistência em aceitar essa nova figura processual por parte de alguns setores do meio jurídico?

A resposta a essa indagação remete para o já conhecido e surrado argumento da falta de estrutura do Estado – no caso, o Poder Judiciário. O mesmo argumento que ainda hoje é utilizado para justificar a inexistência de Defensoria Pública em vários Estados da Federação, a mesma justificativa empregada para explicar a superlotação dos estabelecimentos prisionais brasileiros, enfim, a malfadada falta de estrutura, desta feita empregada, por alguns, para justificar a manutenção de características inquisitoriais do processo penal brasileiro, bem como a manter a legislação processual penal pátria num vergonhoso patamar de atraso em relação aos vizinhos sul-americanos.

A constatação de que a significativa maioria das comarcas brasileiras é formada por varas judiciais únicas, compostas, pois, por apenas um magistrado, não pode servir de justificativa válida para a não adoção do instituto do juiz das garantias. Deficiências estruturais não podem funcionar como justificativa para a prestação jurisdicional falha; ao contrário, a sua constatação deveria ser o primeiro passo de uma caminhada orientada a uma prestação jurisdicional efetiva. A propósito, se a teoria não avançar, a prática permanecerá indefinidamente estagnada.

Daí a necessidade de que sejam buscadas alternativas válidas, do que é exemplo a proposta de regionalização do instituto do juiz das garantias, de modo que, para cada grupo de comarcas próximas, haja um juiz de garantias competente. Outra ideia válida é importada da reforma processual penal do Chile, onde as alterações processuais se concretizaram por etapas, do interior para a capital do país, obedecendo rigidamente a uma progressividade programada para viabilizar, na prática, a implementação das mudanças teóricas propostas no novo Código de Processo Penal chileno. Aqui, considerados os empecilhos de ordem estrutural do Poder Judiciário brasileiro, o inverso seria adequado, com a instalação imediata dos juizados de garantias nas capitais dos Estados, postergando, para um segundo momento, a sua instalação nas comarcas de entrância secundária, e, por fim, a sua adoção nas denominadas entrâncias iniciais, em que, hoje, apenas um magistrado responde

por todas as demandas.

A progressiva entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, com efeito, viabilizaria o aperfeiçoamento do próprio instituto do juiz de garantias, e, também, da estrutura do Poder Judiciário, assegurando, inclusive nas comarcas mais distantes, a devida observância de um modelo democrático de processo penal, no qual a imparcialidade do julgador é potencializada pelo próprio sistema processual, exatamente ao contrário do que hoje se verifica, em que o juiz toma contato com o *caso penal* já no início da sua investigação, contaminando-se com as suposições acusatórias das autoridades policiais e dos membros do Ministério Público, para só depois, durante o processo, conhecer os argumentos defensivos, quando, normalmente, já está com sua convicção formada acerca da culpabilidade do *suspeito*.

Em resumo, é inadmissível, no âmbito de um país que se julga democrático, o repúdio a um instrumento processual projetado justamente para tornar mais democrático o processo penal, com base em argumentos e justificativas de índole meramente prática, como é a malfadada falta de estrutura do Poder Judiciário. Se dificuldades existem, que sejam enfrentadas, que sejam contornadas. Render-se a elas, como no caso concreto, mais que covardia, parece uma manobra conscientemente arquitetada para manter viva a espinha inquisitória do atual processo penal brasileiro, exatamente como projetada no período do Estado Novo. Parafraseando **Alexandre Morais da Rosa**, não basta mudar a Lei, é preciso mudar a cultura dos responsáveis pela sua aplicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DUARTE, Christian Bernal.** *Reforma do processo penal no Paraguai e o juiz penal de garantias e sua funções*. In: *O novo processo penal a luz da Constituição*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Luis Gustavo Grandinetti Castanho e Carvalho (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 131.
- LOPES JR., Aury.** *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. I.
- MAYA, André Machado.** *O juiz das garantias no projeto de reforma do Código de Processo Penal*. In: *Boletim IBCCRIM*, n. 204, novembro/2009, São Paulo.
- PRADO, Geraldo.** *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROSA, Alexandre Morais da.** *Quando se fala de juiz no novo CPP, de que juiz se fala?* In: *O novo processo penal a luz da Constituição*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Luis Gustavo Grandinetti Castanho e Carvalho (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 125 a 130.

André Machado Maya

Mestre em Ciências Criminais (PUC-RS).
Especialista em Ciências Penais (PUC-RS) e em Direito do Estado (Uniritter). Assessor do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

CRIMES AMBIENTAIS: A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Renato Marcão

1. Introdução

Ensinou **Nelson Hungria** que a lei não pode ficar inflexível e perpetuamente ancorada nas ideias e conceitos que atuaram na sua gênese. A lógica da lei, disse o penalista citando a lição de **Maggiore**, não é estática e cristalizada, mas dinâmica e evolutiva. “*Se o direito é feito para o homem e não o homem para o direito, o espírito que vivifica a lei deve fazer dela um instrumento dócil e pronto a satisfazer, no seu evoluir, as necessidades humanas*”. E dizia ainda o insuperável penalista, há algumas décadas passadas: “*No estado atual da civilização jurídica, ninguém pode negar ao juiz a faculdade de afeiçoar a rigidez da lei ao progressivo espírito da sociedade, ou de imprimir ao texto legal a possível elasticidade, a fim de atenuar os contrastes que acaso surjam entre ele e a cambiante realidade. Já passou o tempo do rigoroso tecnicismo lógico, que abstraía a lei do seu contato com o mundo real e a consciência social*”.⁽¹⁾

É sempre renovada a lição acima transcrita, que não deve ser esquecida pelos magistrados, como de resto por todo e qualquer operador do direito, tanto quanto não se presta, tão somente, para fundamentar um juízo de interpretação da norma, senão também para proporcionar a reclamada atualização do pensamento jurídico em sentido amplo, de modo a permitir a adequada dimensão do direito penal e possibilitar a aceitação definitiva de certos institutos, como é o caso do princípio da insignificância, sempre ligado à ideia de bagatela e efetiva lesividade.

2. Bagatela e insignificância

O conceito de delito de bagatela, diz **Maurício Antonio Ribeiro Lopes**, “*não está na dogmática jurídica. Nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional o define ou o acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que se aceitam limites para a interpretação constitucional e das leis em geral. É de criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes de Direito. Por outro lado, mercê da tônica conservadorista do Direito, afeta seu grau de recepionalidade no mundo jurídico*”.⁽²⁾

Na objetiva visão de **Luiz Flávio Gomes**, “*bagatela significa ninharia, algo de pouca ou nenhuma importância ou significância*”.⁽³⁾

Nada obstante os reiterados exemplos que a realidade prática rotineiramente proporciona, vezes até noticiados com certa perplexidade e “desconforto” pela mídia. Não se pode negar que, ainda nos tempos atuais, parte considerável da jurisprudência nacional tem se posicionado de maneira contrária à aplicação do princípio da insignificância em matéria penal.⁽⁴⁾

A discussão ganhou novos argumentos

contrários em se tratando de crimes ambientais,⁽⁵⁾ e reiteradas vezes se tem decidido pela inadmissibilidade da insignificância no trato da matéria, notadamente em razão da natureza do bem jurídico tutelado⁽⁶⁾ e de uma alegada impossibilidade de se avaliar a real extensão do dano causado no ecossistema pela conduta do agente.⁽⁷⁾

Prevalece na jurisprudência, entretanto, entendimento no sentido da incidência do princípio da insignificância em matéria penal, de modo a atingir a tipicidade material da conduta e restar sem razão jurídica a persecução penal em Juízo.

A propósito do tema, de longa data as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal vêm se pronunciando favoravelmente à possibilidade de não se desprezar a realidade fática, de forma a fazer incidir referido princípio em matéria penal, marcando posição que pode ser muito bem compreendida nas ementas que seguem transcritas:

“*O princípio da insignificância, vetor interpretativo do tipo penal, é de ser aplicado tendo em conta a realidade brasileira, de modo a evitar que a proteção penal se restrinja aos bens patrimoniais mais valiosos, ordinariamente pertencentes a uma pequena camada da população. A aplicação criteriosa do postulado da insignificância contribui, por um lado, para impedir que a atuação estatal vá além dos limites do razoável no atendimento do interesse público. De outro lado, evita que condutas atentatórias a bens juridicamente protegidos, possivelmente toleradas pelo Estado, afetem a viabilidade da vida em sociedade*” (STF, HC 84.424/SP, 1ª T., Rel. Min. **Carlos Ayres Britto**, j. 07/12/2004).

“*O princípio da insignificância – que deve ser analisado com conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal – 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 – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do poder público. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais,*

notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor, por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes, não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social” (STF, HC 84.412-0/SP, 2ª T., Rel. Min. **Celso de Mello**, j. 19/10/2004, DJU 19/11/2004, RT 834/477).

3. O princípio da insignificância nos crimes ambientais

Em se tratando de crimes ambientais a interpretação não pode ser diferente. Não há razão lógica ou jurídica para pensar o contrário quando evidenciada a insignificância material da conduta imputada ao agente.⁽⁸⁾ “*A lei de regência não pode ser aplicada para punir insignificantes ações, sem potencial lesivo à área de proteção ambiental*”.⁽⁹⁾

É bem verdade que o preceito da insignificância, em matéria ambiental, deve ser aplicado com parcimônia, uma vez que a mera retirada de espécie do seu ambiente natural já causa interferência no tênue equilíbrio ecológico,⁽¹⁰⁾ mas não há dúvida de que o elevado grau de maturidade e responsabilidade dos magistrados que integram as fileiras do Poder Judiciário brasileiro assegura, sem sombra de dúvida, o cuidado que se espera no manejo do instituto jurídico, que nada tem de “liberal”, ao contrário do que muitos sustentam com razoável equívoco e até com um certo insinuar pejorativo.

Decorre da natureza fragmentária do Direito Penal e do princípio da intervenção mínima que a lei penal somente deverá ser movimentada em face de condutas que proporcionem lesão significativa, de modo a se revelar indispensável à efetiva proteção dos bens juridicamente tutelados. A tipicidade pressupõe lesão efetiva e relevante ao bem jurídico tutelado.

Uma vez mais, com apoio na doutrina de **Maurício Antonio Ribeiro Lopes**, temos que “*o princípio da insignificância se ajusta à equidade e correta interpretação do Direito. Por aquela acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigentes em uma sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, se exige uma hermenêutica mais condizente do Direito, que não pode se ater a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de se desvirtuar o sentido da própria norma e conduzir a graves injustiças*”.⁽¹¹⁾

A incidência do princípio da insignificân-

cia em relação aos crimes ambientais, com as cautelas que a particularidade do tema requer, é irrecusável.

4. Conclusão

Os postulados da teoria do controle social penal, aliados a uma política criminal atualizada, não só reclamam, mas em verdade determinam, que os aplicadores do direito avaliem adequadamente a antijuridicidade material do fato, a verdadeira lesividade da conduta, de modo a não perder de vista a incidência do princípio da insignificância.

NOTAS

- (1) *Comentários ao Código Penal*. 3. ed., Rio de Janeiro, *Revista Forense*, v. I, t. 1^o, 1955, p. 75-76.
- (2) *Princípio da Insignificância no Direito Penal*. 2. ed., São Paulo, RT, 2000, p. 48-49.
- (3) *Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, número especial de lançamento, 1992, p. 91.
- (4) “Inaplicável ao caso sub judice, o princípio da insignificância, diante da inadmissibilidade de tal tese no trato de questões relacionadas ao cometimento de ilícitos contra o meio ambiente” (TRF 4^a Região, ApCrim 2004.71.01.001970-2, 7^a T., Rel. Des. **Tadaaqui Hirose**, DJU 29/11/2006; TRF 4^a Região, ApCrim 2005.71.00.016071-6, 8^a T., Rel. Des. **Élcio Pinheiro de Castro**, DE 28/02/2007; TRF 4^a Região, MS 2007.04.00.026624-9/SC, 7^a T., Rel. Des. **Tadaaqui Hirose**, j. 23/08/2007, DE 31/08/2007).
- (5) “Sendo o meio ambiente um bem jurídico reconhecido como verdadeiro direito humano fundamental (art. 225, CF/88), em que se lhe reconhece a natureza de patrimônio de toda a

humanidade, assegurando-se a esta e às futuras gerações sua existência e exploração racional, impossível acolher a tese de que eventual lesão seja insignificante aos olhos do direito penal” (TJMG, ApCrim 486.599-8, 5^a CCrim., Rel. Des. **Antônio Armando dos Anjos**, j. 17/05/2005).

- (6) “Inaplicável o princípio da insignificância em face do bem jurídico tutelado, o meio ambiente” (TRF 4^a Região, ApCrim 2003.70.04.001260-0/PR, 7^a T., Rel. Des. **Tadaaqui Hirose**, DE 29/08/2007). “O princípio da insignificância não encontra fértil seara em matéria ambiental, porquanto o bem jurídico ostenta titularidade difusa e o dano, cuja relevância não pode ser mensurada, lesiona o ecossistema, pertencente à coletividade” (TRF 4^a Região, ApCrim 2005.72.00.002309-0/SC, 8^a T., Rel. Des. **Paulo Afonso Brum Vaz**, j. 27/08/2008, DE 03/09/2008).
- (7) “O princípio da insignificância não encontra fértil seara em matéria ambiental, porquanto o bem jurídico ostenta titularidade difusa e o dano, cuja relevância não pode ser mensurada, lesiona o ecossistema, pertencente à coletividade” (TRF 4^a Região, ApCrim 2005.71.00.042656-0/RS, 8^a T., Rel. Des. **Artur César de Souza**, j. 06/08/2008, DE 27/08/2008). “Não é insignificante o crime contra o meio ambiente, pois ele produz efeitos a longo prazo e que são, muitas vezes, irreversíveis” (TRF 4^a Região, ApCrim 97.04.72902-2/RS, 1^a T., Rel. Des. **Vladimir Passos de Freitas**, DJU 22/07/1998).
- (8) “Tratando especificamente da proteção ambiental, é possível a aplicação do princípio da insignificância diante do assim compreendido caráter instrumental do Direito Penal, sopestando-se, ainda, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. No entanto, para que a alegada lesão possa ser considerada insignificante, não basta que a pouca valia esteja no juízo subjetivo do julgador. É preciso que fique

demonstrada no caso concreto. Nessa linha, interesses em princípio colidentes (restrição de direitos fundamentais em prol da conservação da natureza) apresentam-se, ao mesmo tempo, mutuamente dependentes, não se olvidando que a proteção constitucional do meio ambiente é realizada em prol da manutenção não só das futuras gerações, mas da vida humana presente (art. 225, caput, CF/88). Sob esse enfoque, o acolhimento da referida excludente atende aos parâmetros de razoabilidade exigíveis no caso concreto, sem atentar contra o caráter preventivo insito à proteção ambiental” (TRF 4^a Região, ApCrim 2006.71.00.001035-8/RS, 7^a T., Rel. Des. **Tadaaqui Hirose**, j. 20/11/2007, DE 06/12/2007).

- (9) STJ, HC 35203/SP, 5^a T., rel. Min. **Laurita Vaz**, j. 12/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 464.
- (10) TRF 3^a Região, ApCrim 95.03.103.641-0/SP, 5^a T., Rel. Des. Fed. Conv. **Fausto de Sanctis**, DJU 22/08/2000, *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal* n. 4, p. 136.
- (11) Ob. cit., p. 55.

Renato Marcão

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito. Professor convidado no curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes. Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP). Membro Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP).

AINDA SOBRE A LEI N. 12.015/2009: E O BEM JURÍDICO?

Galvão Rabelo

Desde que **Birnbaum** afirmou, no século XIX, que o crime significava uma lesão a *bens jurídicos*⁽¹⁾ – rompendo com o entendimento precedente de que o crime implicava uma ofensa a direitos subjetivos – as divergências em torno desse relevante instituto jurídico-penal jamais cessaram. E, de fato, diversos são os aspectos controvertidos que rondam a teoria do bem jurídico. Com o intuito de mera exemplificação, pontuar-se-á alguns desses aspectos.

Quanto à origem, já se pretendeu encontrar o bem jurídico em um momento pré-legislativo (anterior à positivação do Direito), de forma que o seu conceito pudesse servir de limitação à atuação do legislador penal, ficando este vinculado àquele conceito pré-positivo no momento de elaboração da norma penal. Em outro extremo, sua origem já fora apontada exclusivamente na lei penal, de onde seria ele extraído interpretativamente, o que, obviamente, terminava por colocar o conceito de bem jurídico “nas mãos do legislador”. Em alguns momentos históricos, como no Estado nazista, chegou-se mesmo a se preterir a noção de bem jurídico e, posteriormente, utilizou-se o instituto de forma deturpada. E há de

se lembrar ainda que, mesmo hoje, existem importantes penalistas que consideram o bem jurídico um conceito estéril, do ponto de vista de sua capacidade limitativa do poder punitivo estatal.

Recentemente, muitos pesquisadores passaram a defender a *constitucionalização* da ideia de bem jurídico, afirmando que é na Constituição que os bens jurídicos irão encontrar seu nascedouro. Essa tese possui a vantagem de, por um lado, limitar a atuação do legislador penal, jungido que este estaria ao conceito constitucional de bem jurídico (conceito redutor da intervenção punitiva), e, de outro, afastar as dificuldades decorrentes da pretensão de se elaborar um conceito de bem jurídico para além do Direito positivo.

Mas mesmo a pretendida constitucionalização do bem jurídico gerou polêmica, já que alguns juristas passaram a fazer derivar dessa noção uma espécie de “dever constitucional de tutela penal de bens jurídicos elencados na Carta Magna” (dever de incriminação). Certamente, tal concepção não se coaduna com um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, pois existem muitas outras formas de tutela de bens jurídicos constitucionais

menos agressivas do que a intervenção penal.

Noutro giro, a abrangência do conceito de bem jurídico-penal também é objeto de dissensão. Nesse prisma, discute-se a respeito da possibilidade de existência de bens jurídicos coletivos. Enquanto preponderam os argumentos favoráveis a sua existência, penalistas de escol defendem veementemente sua impossibilidade, afirmando que o conceito de bem jurídico deve ser pessoal, não podendo ultrapassar a pessoa, titular de direitos fundamentais. Há, também, os que admitem os bens jurídicos coletivos, mas de forma condicionada à repercussão da ofensa na esfera individual da pessoa.

A polêmica em torno da teoria do bem jurídico alcança a própria fundamentação do Direito Penal. Na atualidade, tornou-se lugar comum afirmar que a função do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos, o que, segundo os críticos, termina por legitimar a estruturalmente arbitrária e seletiva intervenção penal do Estado. Defende-se, pois, que a lesão ao bem jurídico (ou o risco sério e não permitido de lesão) é uma condição para o exercício do poder punitivo, já que a verdadeira função do Direito Penal seria, segundo esse entendimento, a redução da intervenção penal estatal.

Atualmente ainda se questiona se os crimes de perigo abstrato podem subsistir diante do princípio da lesividade, vez que essa categoria de delitos admite uma preocupante “presunção” de risco não autorizado ao bem jurídico (risco que pode não ter ocorrido no plano fático). Quanto a isso, as discussões continuam...

Mas mesmo diante dessas inúmeras e infundáveis disputas discursivas em torno da ideia de bem jurídico, sobre um ponto parece existir algum acordo: o bem jurídico é um instituto fundamental para o Direito Penal, porque serve de referência ao princípio da lesividade ou da ofensividade, exigindo que o programa de criminalização refira-se, necessariamente, a uma lesão ou, ao menos, a um risco sério e não permitido de lesão a um bem jurídico. E, dentro dessa ótica, alguns avanços importantíssimos do Direito Penal democrático devem-se à concepção de bem jurídico há muito formulada. Assim, por exemplo, o reconhecimento de que o *Direito Penal não pode se prestar à criminalização de condutas que ofendam valores morais*, mas apenas àquelas condutas que lesionam gravemente bens jurídicos fundamentais.

Defendendo a tese de que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, **Roxin** afirma que a reforma do Direito Penal no âmbito sexual na Alemanha, concluída em 1973 (reforma por meio da qual se revogou a odiosa punição da homossexualidade naquele país), “*levou a doutrina do bem jurídico ao ponto culminante de seu reconhecimento na Alemanha*”,⁽²⁾ ante a óbvia constatação de que algumas condutas sexuais, apesar de não encontrarem aprovação da maioria da coletividade (como parecia ocorrer com a homossexualidade na Alemanha àquele tempo), não se referiam a nenhuma espécie de bem jurídico.

Hoje são ainda mais profundas as discussões sobre o bem jurídico-penal, algumas das quais se procurou pontuar acima. E quanto mais a doutrina avança em seus estudos no propósito de construir um Direito Penal compatível com o Estado Democrático atual, mais assusta o fato de que, não raras vezes, o nosso legislador penal despreza as noções mais elementares produzidas pela ciência penal.

Aqui seria interessante examinar, brevemente, como alguns tabus sexuais ainda servem explicitamente de “objeto de tutela penal” em nosso país, mormente quando envolve o delicado tema da prostituição e do lenocínio.

Como se sabe, em 07 de agosto de 2009, o legislador promoveu, por intermédio da Lei 12.015, profundas alterações nos crimes sexuais previstos no Código Penal brasileiro. E, em pleno século XXI, manteve neste diploma figuras típicas que, além de incompreensíveis diante da evolução dos costumes e da compreensão contemporânea da liberdade sexual, são totalmente incompatíveis com o princípio da lesividade por uma singela razão: são condutas que não afetam qualquer bem jurídico-penal

que possa ser legitimamente reconhecido.

Como exemplo do que se está a afirmar, serão mencionadas três condutas tipificadas pelo legislador penal pátrio entre os crimes contra a dignidade sexual.

A primeira delas é o inexplicável crime de “*mediação para servir à lascívia de outrem*”, previsto no artigo 227 do Código Penal. Reflita-se: se a “vítima” do crime – aquela que foi induzida pelo agente a satisfazer o desejo sexual de terceiro – é pessoa adulta e capaz, como a sua vida sexual pode interessar ao legislador penal, a ponto de se estabelecer uma punição para aquele que, sem violência, ameaça ou fraude, a “induz” a relacionar-se sexualmente com outrem?

Pode-se refletir, da mesma forma, com o crime de “*favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual*” previsto no art. 228 do Código Penal. Qual seria o bem jurídico atingido pela conduta daquele que convida pessoa adulta e capaz para ingressar no mundo da prostituição e termina por convencê-la, argumentativamente, a assim proceder? Não se nega que tal conduta possa ser etiquetada como intensamente imoral. Mas seria possível afirmar que essa conduta lesiona a dignidade sexual de pessoa capaz que, voluntariamente e por razões pessoais, decide prostituir-se? A ideia de “dignidade sexual” não passa também pela de “liberdade sexual”, aqui compreendida como a autonomia para gerir sua vida sexual, segundo seus próprios valores?

Pense-se, por fim, no crime de “*casa de prostituição*” previsto no art. 229 do Código Penal. Quem são as vítimas desse delito: as pessoas adultas e capazes que se prostituem ou a comunidade incomodada com a existência de tais estabelecimentos? Qual é o bem jurídico que se pretende tutelar penalmente? A moralidade pública sexual?

A verdade é que essas e outras figuras delitivas relacionadas não conseguem escapar de uma aporia: para se admitir que tais crimes pretendem proteger pessoas capazes que decidem se prostituir, é preciso encampar uma visão paternalista de Estado, que se proponha a conduzir a vida das pessoas, punindo aqueles que, por força de argumentos, conseguem convencer adultos a se desviarem “do caminho do bem”, vale dizer, de uma concepção moral de sexualidade adotada por um grupo social dominante.

Por outro lado, para se admitir que com tais normas penais pretende-se tutelar toda a comunidade estarrecida ou revoltada com o lastimável cenário da prostituição, será preciso assumir explicitamente o moralismo subjacente a essas figuras delitivas, e admitir que o direito penal tem se prestado a tutelar valores morais de grupos sociais dominantes em detrimento de minorias excluídas.

Capez, por exemplo, ao tratar do crime de casa de prostituição, afirma que com essa figura delitiva “*tutela-se a disciplina da vida sexual,*

de acordo com os bons costumes, a moralidade pública e a organização da família”.⁽³⁾

Perceba que os comentadores do estatuto penal mal conseguem disfarçar o apelo moral que estrutura tais figuras delitivas. O problema da confusão entre Direito e moral em um Estado Democrático é a consequente imposição de determinada concepção moral majoritariamente aceita aos diversos segmentos minoritários da coletividade, afetando drasticamente uma concepção plural de sociedade. E o problema se agrava quando essa concepção moral predominante é imposta *penalmente*, pois, em razão da brutalidade desse ramo do Direito, a imposição chega às fronteiras do autoritarismo e da própria negação do ideal democrático.

Ao se partir do pressuposto de que o sistema penal é seletivo, arbitrário e estigmatizante, a conclusão necessária é a de que todos os esforços são válidos para conter a sua expansão, reduzindo a intervenção penal a um âmbito tão reduzido quanto seja possível. Nesse sentido, certamente ainda há muito o que se fazer.

A prostituição e, em certa medida, o lenocínio fazem parte de um triste contexto social, no qual a intervenção penal, longe de ser eficiente, é, nitidamente, contraproducente. A essa altura, já se deveria ter aprendido que não se protege pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social com o sistema penal. Pelo contrário, sabe-se que o sistema penal tem atuado de forma arbitrária sobre essa sua clientela preferencial.

Já passou o momento de uma reflexão mais isenta e sincera sobre “formas não agressivas” de se lidar com esse grave problema social. Talvez se pudesse pensar em uma perspectiva abolicionista com relação à prostituição (indiferença penal), que já é adotada em nosso país, associada a uma abordagem regulamentadora das condutas acessórias à prostituição (lenocínio), de modo a reservar a tutela penal apenas para aqueles casos de lenocínio cuja forma de execução envolvesse *violência, grave ameaça, fraude* ou naqueles casos em que a vítima é *vulnerável* em sentido técnico jurídico. O que se precisa, insista-se, é de um debate jurídico mais aberto sobre o tema.

NOTAS

- (1) **BATISTA, Nilo.** *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 94/97.
- (2) **ROXIN, Claus.** *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13/14.
- (3) **CAPEZ, Fernando.** *Curso de direito penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 95.

Galvão Rabelo

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa – UFV. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC. Advogado.

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE A CRIMINALIZAÇÃO DO STATUS DE IMIGRANTE ILEGAL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Ana Helena Coqueiro Leite

A migração internacional é um fenômeno crescente, que envolve questões inerentes à complexidade da organização de cada Estado e do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDHs). Os contornos do quadro migratório contemporâneo delinham-se a partir da década de 1970 e intensificam-se nos anos 1990. Estima-se que os migrantes internacionais serão 214 milhões em 2010, representando 3% da população mundial.⁽¹⁾

A globalização da economia, os avanços nos meios de transporte e tecnologia de comunicação são seus maiores motivadores. O alastramento do neoliberalismo e a globalização fizeram com que a produção nos países *semiperiféricos* passasse a se concentrar nos setores industriais e agropecuários, que, por possuírem menor valor agregado, geram empregos econômica e socialmente precários. Já os países *centrais* ampliaram as fábricas intensivas em capital e conhecimento, que, por serem do setor de serviços, têm empregos mais valorizados e estáveis.

O fluxo de capitais da globalização não veio para gerar equidade social, ao contrário, as diferenças de desenvolvimento social dentro e entre os países ou permaneceram grandes ou se agravaram. Há um forte contraste entre o nível de pobreza dos países de origem das migrações e os recursos incomparavelmente maiores dos países buscados pelos migrantes.

A maneira como o discurso em torno da migração é conduzido na sociedade, seja por meio das políticas públicas, da mídia ou da legislação, induz a associação do conceito de migrante ao de criminoso. Essa imagem é criada dando-se ênfase a quem faz o controle da migração (a polícia) e ao fato de que os migrantes indocumentados estão sujeitos a serem presos e/ou deportados. Não obstante, é criado um estigma sobre suas figuras. Eles deixam de ser sujeitos de direito e passam a ter um *status* jurídico de periculosidade social inerente (ou presumida), em que as normas os caracterizam como figuras subjetivas do indesejável.

Observa-se, portanto, uma profunda identidade com as idéias de Garofalo, um dos fundadores da Criminologia Positivista no fim do séc. XIX. Ele desenvolveu o conceito de “temibilidade do delinquente”, hoje conhecido como periculosidade, que significa o potencial de criminalidade que pessoas com

certas características fisiopsicológicas têm. Apesar de se tratar de um conceito superado, ainda é tratado como uma realidade. Frisa **De Giorgi**: “O imigrante não comete delitos: ele mesmo se converte em um delito.”

Na história da criminologia, a preocupação com a questão da criminalidade do migrante é recorrente. No começo do século XX, por exemplo, a sociologia do desvio realizou investigações a partir da hipótese de que as populações de imigrantes seriam mais propensas ao desvio do que as populações residentes. A comissão de Wickersham, financiada pelo governo dos Estados Unidos (EUA) para investigar esta hipótese, chegou a conclusões que desmentiam o alarme social. Sustentou que esse temor era infundado, pois os delitos mais frequentes entre os imigrantes eram comparativamente menos graves e estavam, em sua maioria, vinculados à condição de marginalidade econômica.

No entanto, baseados na percepção dos migrantes como uma fonte de risco criminal *per se*, são desenvolvidos, com maior severidade nos países *centrais*, estatutos jurídicos discriminatórios em termos de direitos de cidadania, de liberdade e de defesa. As políticas públicas, dentro de uma ótica neoliberal, reduzem o tratamento das populações migrantes a uma questão de segurança de fronteiras. São afastadas eventuais políticas de integração, de inclusão por desenvolvimento econômico e humano. A repressão é a opção tomada para tratar dos fenômenos migratórios. Ela se manifesta no fechamento de fronteiras e na criminalização do migrante.

Exemplo atual de política atentatória aos direitos humanos é a polêmica nova Lei Anti-Imigração do Estado do Arizona (EUA), SB 1070, promulgada em 21 de abril de 2010. Esta lei transforma o imigração ilegal em crime estadual. Por consequência, habilita as agências e os agentes do Estado a abordar e prender qualquer pessoa que lhe pareça “razoavelmente suspeita” de estar ilegalmente nos EUA, para conferir sua documentação. Ocorre que a polícia estadual não é capaci-

tada para determinar a legalidade do status migratório, esta é uma análise complexa e com consequências graves a qual a polícia federal era a única habilitada.

Absolutamente subjetiva, a lei, da maneira como foi editada, legitima a discricionariedade dos agentes e pode gerar a vitimização de toda uma população latina que vive no Estado (ela compõe 30% da população total e apenas 12% do eleitorado⁽²⁾). A repercussão na sociedade americana e no mundo foi de tal ordem que, um dia antes de entrar em vigor quatro de suas emendas

Há um forte contraste entre o nível de pobreza dos países de origem das migrações e os recursos incomparavelmente maiores dos países buscados pelos migrantes.

mais polêmicas tiveram o seu efeito suspenso por meio de uma injunção preliminar expedida pela Juíza Federal **Susan Bolton**. A governadora do Arizona, **Jan Brewer**, já apelou da decisão, indicando o início de uma longa batalha judicial. A decisão da juíza decepcionou senadores republicanos e foi vista pelos democratas como uma distração do assunto principal, que é a segurança de fronteiras.

O debate está longe de chegar a um consenso e infelizmente tudo indica que o desrespeito aos DIDHs dos migrantes vai continuar, nos EUA e no mundo. O fechamento das fronteiras e a criminalização do migrante ilegal não foram, e não são, capazes de constituir um freio sobre os fatores que impulsionam a migração. Ela cresce e persiste por causa da nova estrutura global, porque nos países *periféricos* e *semiperiféricos* não há distribuição de renda e tampouco bem-estar social em níveis satisfatórios. Há que se abordar a temática das migrações sob uma perspectiva de inclusão, de regularização migratória. As políticas de segurança devem buscar o desenvolvimento humano e econômico. A democracia se fortalece com o aumento de poder social, a inclusão dos excluídos, e não com o aumento das desigualdades.

Não pode o *status migratório* de um indivíduo desconstituir seus direitos fundamentais e nem transformá-lo em criminoso *tout court*. A associação indevida entre migração irregular e criminalidade é flagrante desrespeito aos princípios basilares do corpo normativo dos DIDHs: a igualdade e a não-

discriminação. Estes pertencem ao domínio do *jus cogens* e acarretam obrigação de proteção *erga omnes*; desrespeitá-los implica, portanto, responsabilização internacional. Ademais, estes princípios não podem ser subordinados ou condicionados à discricionariedade de um Estado, nem mesmo sob a égide de sua soberania. A realização dos objetivos das políticas públicas, quaisquer que sejam estas, devem respeitá-los.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE GIORGI, Alessandro. Zero Tolleranza. Strategie e Practiche Della Società di Controllo., SIR, p. 56. Tradução feita livremente pela autora.
Expressão utilizada na SB 1070 em seu artigo 08, traduzida pela autora do original: "reasonable suspicion exists that

the person is an alien and is unlawfully present in the United States."

NOTAS

- (1) Estudo intitulado "Migração Internacional do Trabalho: Uma abordagem baseada em direitos", realizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em abril de 2010.
- (2) Arizona's Immigration Law: Hysterical Nativism. The Economist, Los Angeles, 22 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.economist.com>>.

Ana Helena Coqueiro Leite

Estudante do UniCEUB – Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Curso de Direito, 9º Semestre, aluna da disciplina de Criminologia ministrada pela Professora Cristina Zackseski.

PARTICIPE POR ACREDITAR

TV IBCCRIM

Novos vídeos na TV **IBCCRIM**

Mesas de Estudos e Debates:

"O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo", com as expositoras Maria Gorete Marques de Jesus e Kenarik Boujikian Felipe e "Aspectos polêmicos da internação involuntária" com Valéria Lacks e Haroldo Caetano da Silva.

Palestra de abertura do 16º Seminário Internacional sobre: Lei cega, Justiça invisível, com o escritor Mia Couto. Para assistir, acesse: www.ibccrim.org.br/tvibccrim

Estas e outras produções estão disponíveis para empréstimo na Biblioteca do **IBCCRIM**. Para solicitar os vídeos, entre em contato pelo e-mail: biblioteca@ibccrim.org.br ou pelo telefone: (11) 3111-1040, ramal 150.

ACOMPANHE O IBCCRIM NO **twitter!**
WWW.TWITTER.COM/IBCCRIM

I SEMINÁRIO NACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS VII ENCONTRO GAÚCHO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS IV MOSTRA DE PESQUISA EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

Universidade de Passo Fundo - UPF
Faculdade de Direito

Data: de 04 a 05 de novembro de 2010

Credenciamento: 18h00

Local: Centro de Eventos da Universidade de Passo Fundo - RS

Apoio Institucional: IBCCRIM

Mais informações no blog: www.cienciascriminaisupf.blogspot.com

"A partir de agora, para a maior comodidade dos associados, o Boletim também é disponibilizado em formato PDF. Confira no Portal IBCCRIM."



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

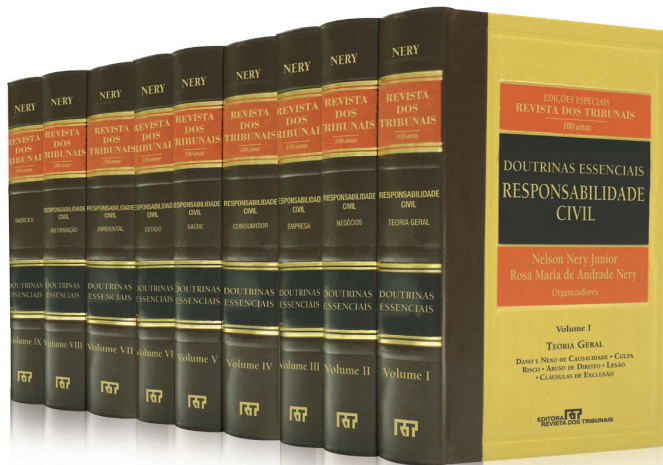
■ SÃO PAULO

- 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

RESPONSABILIDADE CIVIL DOUTRINAS ESSENCIAIS

NELSON NERY JUNIOR
ROSA MARIA DE ANDRADE NERY
ORGANIZADORES

UMA COMPLETA SISTEMATIZAÇÃO DA DOCTRINA CLÁSSICA E
VIGENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL PUBLICADA NOS PERIÓDICOS
DA EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS.



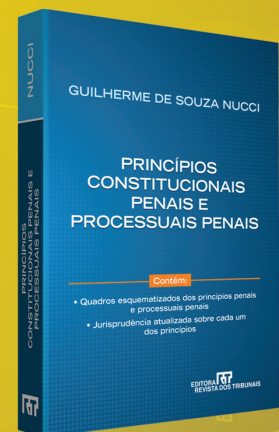
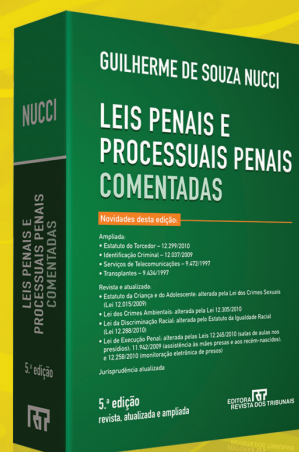
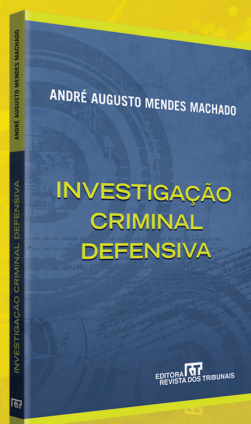
OBRA COMPLETA
9 VOLUMES DE LUXO

PARA SISTEMATIZAR
O PERMANENTE
E O PRÁTICO.

Mais de 450 doutrinas
selecionadas.

CONSULTE HOJE O NOSSO ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR:
0800 702 2433

Lançamentos



Siga-nos



www.rt.com.br