

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS



IBCCRIM

EDITORIAL:

MUNDO ÀS AVESSAS

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em 29 de junho de 2006, no julgamento do caso *Hamdam v. Rumsfeld*, decidiu que as comissões militares criadas pelo Governo Bush eram ilegais por carência de autorização expressa do Congresso Nacional, e violadoras também do direito internacional e da legislação militar norte-americana. Tais comissões militares, formadas depois da destruição das Torres Gêmeas, tinham por finalidade estrita julgar os estrangeiros confinados em Guantánamo e considerados *inimigos combatentes ilegais*, na guerra movida contra o terrorismo.

Para remover esse obstáculo judicial, o Presidente Bush, inspirado no modelo anterior, mas com acréscimos extremamente nocivos aos direitos fundamentais da pessoa humana, enviou ao Congresso Americano projeto de lei, no qual propôs a criação de novas comissões militares com o mesmo objetivo. Tal projeto, que mereceu críticas severas de organizações de defesa de direitos humanos, acabou aprovado sem modificações mais aprofundadas, nas duas Casas do Congresso Americano, nos dias 28 e 29 de setembro de 2006, dando origem ao *Military Comissions Act 2006*.

Poderia indagar-se: a esta altura qual o interesse que essa legislação pode provocar além dos limites geográficos norte-americanos? A resposta não demanda muitas explicações. No mundo globalizado, tudo pode ocorrer no país que tem a hegemonia no campo econômico, político, cultural e, sobretudo, militar, importa a todos os cidadãos que vivam fora dele, máximo quando essa nação “superior” adotou, em nível internacional e a pretexto de garantir sua própria segurança, a estratégia da guerra preventiva. Se algum interesse norte-americano — qualquer que seja a sua natureza — sofrer agravo em algum lugar do globo terrestre, têm os Estados Unidos o direito de intervir para preservar sua segurança. Logo, toda a legislação norte-americana nessa matéria passa a ter um significado especial, na medida em que, de um lado, possa entrar em conflito com direitos humanos e liberdades fundamentais e, de outro, esteja dotada de alta carga de pressão, idônea a provocar reflexos em países emergentes atacados de irresistível capacidade de imitação.

Não se tem aqui o propósito de analisar a nova legislação na sua totalidade, mas apenas de pôr em destaque alguns de seus artigos. A nova lei amplia o poder do Presidente George W. Bush na definição do conceito de *inimigo combatente ilegal*. Não trata apenas de estrangeiro suspeito de prática de atos de terrorismo: inclui também quem, estrangeiro ou nacional, deu apoio material a uma organização terrorista. A

desmotivada e subjetiva capitulação presidencial acarreta, de imediato, três conseqüências: o detido não terá tempo definido de prisão cautelar; não poderá questionar-lhe a legalidade por não ter acesso ao *habeas corpus*, e será julgado, com até possibilidade de ser condenado à morte, por uma comissão militar de exceção vinculada ao Poder Executivo, e não por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela legislação militar americana. Mas não é só. Ao Presidente Bush foi ainda atribuído o poder exclusivo e secreto de determinar o que constitui uma “técnica abusiva” de interrogatório. Tem ele autoridade para interpretar o significado e a aplicação das Convenções de Genebra, promulgando disposições administrativas sobre violações das obrigações assumidas, desde que elas não representem *graves infrações*. E no rol das infrações *menos graves*, o Governo Bush já fez uso de métodos como o isolamento de mais de cento e cinquenta dias em cela permanentemente iluminada, interrogatórios durante largo espaço de tempo (de 18 a 20 horas diárias), a privação de sono por cinquenta dias, o uso de hipotermia, simulacros de afogamento, exploração de fobias pessoais, desnudamento dos detentos, abusos físicos, inclusive sexuais, etc. Em resumo, a nova legislação legaliza a prisão arbitrária e a tortura.

Se tudo isso já não bastasse, o *Military Comissions Act 2006* impede aos tribunais americanos o reconhecimento, em relação aos agentes estadunidenses, de violações anteriormente praticadas em desrespeito ao art. 3º das Convenções de Genebra, o que significa, por sua aplicação retroativa, uma verdadeira anistia pelas torturas executadas em Abu Ghraib, em Guantánamo, no Afeganistão e em tantos outros centros de detenção norte-americanos espalhados pelo mundo.

A breve análise dessa desastrosa lei põe à mostra não a presença de um Estado respeitoso dos direitos humanos, das garantias individuais e das liberdades fundamentais, mas sim de um Estado prepotente, autoritário, policial e invasor. A versão atual dos Estados Unidos, montada sobre a luta sem quartel e sem escrúpulos ao terrorismo, desmente sua tradição histórica de defensor dos valores democráticos e dos direitos humanos e o iguala a outros tantos países que se destacam pelas marcas da violência e do próprio terror. Os efeitos da mudança dos caminhos adotados pelos Estados Unidos influenciam a ordem internacional, e o mundo começa a caminhar às avessas, tomando direções perturbadoras para a paz e para a convivência entre os povos. Não seria caso de responder afirmativamente a indagação de Eduardo Galeano: “*Si el mundo está, como ahora está, patas arriba, ¿no habría que darle vuelta, para que pueda pararse sobre sus pies?*”.

Editorial

Índice

| | |
|---|------|
| EDITORIAL: | |
| MUNDO ÀS AVESSAS | 1 |
| O PIOR CEGO... Ana Sofia Schimidt | 2 |
| A APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95 NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER João Paulo de Aguiar Sampaio Souza e Tiago Abud da Fonseca | 4 |
| VIOLÊNCIA DE GÊNERO: O PARADOXAL ENTUSIASMO PELO RIGOR PENAL Maria Lúcia Karam | 6 |
| VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UMA NOVA LEI PARA UM VELHO PROBLEMA Maria Berenice Dias | 8 |
| A RETÓRICA DA PERSONALIDADE DISTORCIDA: A PERSONALIDADE DO AGENTE EM JULGAMENTO Fábio Wellington Ataíde Alves | 10 |
| INSTITUTOS PENAIIS DE BASE CATÓLICA SOB A ÓTICA DE UM DIREITO PENAL DO FATO Tamar Oliva | 11 |
| PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL, ESSE OUTRO DESCONHECIDO Renato Stanzola Vieira | 12 |
| ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E A LEI DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO (LEI Nº 7.492/86) Fernanda Regina Vilares | 14 |
| VAMOS OUVIR OS SINOS! REFLEXÕES ACERCA DA PESQUISA NACIONAL DE PENAS ALTERNATIVAS Mário Sérgio Sobrinho | 16 |
| O PORTE DE ENTORPECENTES DEIXOU DE SER UMA INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO Aldo de Campos Costa | 17 |
| REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO: DO CANTO DA SEREIA AO PESADELO Elisângela Melo Reghelin | 18 |
| REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - O “DIREITO PENAL DO INIMIGO” BRASILEIRO Bruno Seligman de Menezes | 19 |
| Caderno de Jurisprudência | |
| CHEFE DO PODER EXECUTIVO NÃO RESPONDE PELOS ATOS PRATICADOS POR SEUS SUBORDINADOS. A RESPONSABILIDADE PENAL NÃO É OBJETIVA. | 1033 |
| EMENTAS | 1034 |

Para abordar qualquer tema é preciso ter em mente, com a clareza possível, a natureza do assunto a ser tratado. Ao pensar sobre o sistema penitenciário podemos abordar diversos enfoques: jurídico, sociológico, histórico. Mas há um enfoque que, por sua concretude inofensável, por sua brutalidade evidente, se impõe a todos os demais. É o enfoque que os números revelam. Vamos a eles:

Em dezembro de 2005, a SAP (Secretaria da Administração Penitenciária) possuía 31.500 presos; a SSP (Secretaria de Segurança Pública), 27.500, perfazendo um total de 59.000.⁽¹⁾ Em julho de 2006, o número total saltou para 143.000, assim dividido: 125.700 na SAP e 17.700 na SSP. Atenção para este primeiro dado: o número de presos no Estado de São Paulo triplicou em dez anos! O que isso significa? Quais as leituras, interpretações, causas e conseqüências desta matemática? Vamos acrescentar algumas informações para poder construir as respostas. Vale trazer, como uma pequena, isolada e única nota otimista, a verificação de que a proporção de presos da SSP em comparação com a SAP, levando em conta o total da população prisional do Estado, passou de 45% para 12%. Ou seja, em 1995, 45% dos presos do Estado estavam em Distritos Policiais e Cadeias Públicas, proporcionalmente reduzida para 12% em meados de 2006. Esta drástica redução, lembrando que a população total triplicou, é resultado, principalmente, do cumprimento de promessa feita pelo governador Geraldo Alckmin de desativar as carceragens dos Distritos Policiais da Capital, atendendo assim antiga reivindicação da Polícia Civil e da sociedade como um todo.

Ainda para traçar o retrato numérico do sistema, veja-se que a proporção do número de presos por funcionário aumentou de 2,17 funcionário por preso em 1994 para 4,75 em 2005.

O déficit de vagas no Estado de São Paulo, hoje, é de aproximadamente 30.000. Este número não leva em conta um outro sempre lembrado quando se opta por pintar o quadro com cores mais dramáticas: o número de mandados de prisão a cumprir. Considera só o número de vagas disponíveis e o número de pessoas efetivamente recolhidas.

Vamos supor, agora neste período eleitoral, que um candidato ao governo do Estado queira enfrentar de vez o problema. Ele vai dizer a seus assessores: “*Quer acabar com a falta de vagas no sistema prisional. Quanto vou gastar?*” Seja qual for o motivo, seja qual for a raiz ideológi-

ca desse seu propósito, o que seu assessor vai responder, objetivamente, não vai ser diferente disso: “*Bem, candidato, é preciso construir 30.000 vagas para zerar o déficit hoje. No entanto, há outro problema: o sistema cresce em São Paulo 900 presos por mês. Sim, considerando as entradas no sistema (prisões em flagrante, mandados de prisão cumpridos) e as saídas (alvará de soltura por cumprimento de pena ou concessão de benefícios), ficam no sistema, a cada mês, 900 presos. Então, o senhor⁽²⁾ terá que construir 900 vagas por mês para absorver este crescimento. Bem, 900 X 12 = 10.800 vagas por ano. Para um mandato de 4 anos, vamos multiplicar este número por 4, o que dá 43.200. Somamos, então, aquelas 30.000 e eis aqui sua resposta: para enfrentar o problema do déficit de vagas, o senhor terá que construir 73.200 vagas. Em uma penitenciária normal, para cumprimento de pena em regime fechado, a construção de cada vaga custa aproximadamente R\$ 26.000,00 — apenas a construção. Ou seja, o investimento nestes quatro anos será de R\$ 1.903.200.000,00. É isso mesmo, candidato. Se o senhor quiser prosseguir com este discurso, arrume um jeito de conseguir quase dois bilhões de reais para investimento. Isso se o senhor não quiser construir estas vagas de segurança máxima, tão na moda hoje em dia. Lá em Catanduvas, por exemplo, o Governo Federal gastou R\$ 100.000,00 com cada vaga. Ah, e é preciso lembrar que cada preso custa aproximadamente R\$ 900,00 e que...*” Bem, a esta altura, nosso hipotético candidato optou por outros projetos de campanha (ou de vida).

Como compreender estes números? Existe entre nós uma opção por uma política penitenciária focada no crescimento do sistema, no aumento do número de presos? Alguém concluiu que o crescimento do sistema é uma boa opção? Não, é evidente que não. Esta realidade não é o resultado de um planejamento racional. As coisas simplesmente vão acontecendo. A bola de neve simplesmente vai crescendo e rolando. As decisões são sempre reativas, vêm sempre a reboque das crises e dos problemas. Para a crise de segurança, o nosso samba de uma nota só: prisão. Manchete de jornal noticiando um crime grave? As autoridades anunciam: não se preocupem, os autores vão para a cadeia. Ataques do PCC? Fiquem tranquilos, a polícia vai agir e vão todos para a cadeia. O crime organizado (seja lá o que se quer

dizer com isso) está mais ousado? Mais cadeia. E a cadeia, panacéia no discurso, passa a ser a conseqüência de todo o mal. Mas é sua principal causa. Dizer que a criminalidade e o problema da segurança se resolvem com mais cadeia é um engodo tremendo. Quem é que ainda compra este discurso? Bem, ele é fácil, aparentemente funciona, ainda engana muita gente. E que role a bola de neve...

Há uma história infantil clássica em que o Sol trava uma disputa com o Vento do Norte para ver quem é o mais forte. Um viajante vem caminhando pela estrada. Veste um sobretudo. O Vento quer mostrar sua força e aposta com o Sol dizendo: você vai ver como eu consigo tirar o casaco dele! E começa a soprar. Quanto mais ele sopra, mais o viajante se encolhe e segura com força seu casaco. O vento sopra e sopra e tudo o que consegue é que o viajante esteja cada vez mais agarrado a seu sobretudo. O Sol a tudo observa. Quando o Vento, exausto, desiste, o Sol consegue rapidamente seu intento intensificando o calor de seus raios. Suando, o viajante, tira o casaco. Os pequenos leitores certamente dão um sorriso condescendente diante da ingenuidade e das bravatas do tolo Vento. Se pudessem observar os números e os discursos em torno do sistema penitenciário, teriam a mesma reação. Afinal de contas, agimos como o Vento, buscando resolver um problema agravando suas causas! Ao jogar mais presos no sistema estamos soprando no viajante. E que role a bola de neve...

Uma parcela significativa e cada vez maior da nossa sociedade vive dentro e em torno do sistema penitenciário. Recente pesquisa divulgada pela Febem demonstra que quase a metade dos internos tem alguém preso na família. É um drama social tremendo. E quem está preso, mais dia menos dia, vai sair. Vai sair como? Vai sair para fazer o que? O tolo Vento pensaria: Ah, então não vamos deixar sair! E qual seria a solução apresentada pelo Vento? Prisão perpétua? Pena de morte?

Enquanto os palpites do Vento não fazem escola e enquanto ele continua só soprando e inflando o sistema, vamos dar uma olhada em outros números.

Como dito, uma vaga no sistema penitenciário custa aproximadamente

Quando se diz que a cadeia é a universidade do crime, a metáfora esconde uma ironia: uma vaga custa o mesmo que um curso de pós-graduação em uma universidade de ponta.

➔ R\$ 26.000,00. A manutenção do preso, R\$ 900,00 por mês. Quando se diz que a cadeia é a universidade do crime, a metáfora esconde uma ironia: uma vaga custa o mesmo que um curso de pós-graduação em uma universidade de ponta.

O crescimento do sistema tem uma repercussão grave no orçamento do Poder Executivo. Os recursos públicos não são ilimitados. As opções de políticas públicas e investimentos sociais obedecem não apenas a uma hierarquia de valores, mas também às contingências orçamentárias. A população que está no sistema representa uma demanda fixa, que tem que ser atendida. Por piores que sejam as condições das prisões, há um custo de alimentação, lavanderia, segurança, atendimento social e médico etc. E este custo, é evidente, cresce na mesma proporção da população prisional. Se a fatia correspondente aos custos do sistema penitenciário aumenta, outras diminuem. É inexoravelmente claro. Os dados da execução orçamentária estão no site da Secretaria da Fazenda do Esta-

do de São Paulo. Em 2004, os investimentos da Secretaria de Educação totalizaram R\$ 194.387.781,30; os investimentos da Secretaria da Saúde, R\$ 206.212.987,91. E os investimentos da Secretaria da Administração Penitenciária chegaram ao total de R\$ 237.487.001,96. Sim, é isso: a Secretaria da Administração Penitenciária investiu 31 milhões a mais que a Saúde e 43 milhões a mais que a Educação!⁽³⁾

Não é hora de olhar para isso? 

Notas

- (1) Números aproximados.
- (2) Não há "senhoras" nesta disputa.
- (3) Esta situação não é a regra. No período analisado, 1999 a 2005, ocorreu em 2004. O quadro demanda uma análise mais pormenorizada, que envolva a comparação do total dos gastos públicos, inclusive considerando repasses federais.

Ana Sofia Schmidt

Procuradora do Estado, coordenadora da Assistência Judiciária aos Presos e mestre em Direito Penal pela USP

Ana Sofia Schmidt



DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE:

Maurício Zanoide de Moraes

1ª VICE-PRESIDENTE:

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2º VICE-PRESIDENTE:

Sérgio Mazina Martins

1ª SECRETÁRIA:

Tatiana Viggiani Bicudo

2º SECRETÁRIO:

Theodomiro Dias Neto

1º TESOUREIRO:

Roberto Maurício Genofre

2º TESOUREIRO:

Ivan Martins Motta

COORDENADORES-CHEFES:

Departamentos:

BIBLIOTECA:

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

BOLETIM:

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

CURSOS:

Carlos Alberto Pires Mendes

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Maria Elizabeth Queijo

INICIAÇÃO CIENTÍFICA:

Thais Aroca Datcho Lacava

INTERNET:

Luís Fernando Camargo de Barros Vidal

NÚCLEO DE PESQUISAS:

Renato Sérgio de Lima

PÓS-GRADUAÇÃO:

Alvino Augusto de Sá

REDES INTERNACIONAIS:

Flavia D'Urso

RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

Marina Pinhão Coelho

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Paula Bajer F.M. da Costa

COORDENADORES ESTADUAIS:

Veja relação à página 17.



EDITAL DE CONVOCAÇÃO

São convocados os associados do **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM**, a se reunirem em **Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária**, a realizar-se em 14 de dezembro de 2006, às 10:00 horas, em primeira convocação se houver *quorum* estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação com qualquer número de associados, na sede social do Instituto, na Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, Centro, São Paulo/SP, a fim de deliberarem sobre a seguinte **Ordem do Dia**:

1. Eleição da Diretoria Executiva e do Conselho Consultivo;
2. Aprovação de contas referentes ao ano fiscal de 2006;
3. Apresentação de relatório de atividades desenvolvidas no ano de 2006;
4. Apresentação de propostas de atividades a serem desenvolvidas em 2007;
5. Deliberação sobre a mensalidade para 2007;
6. Reforma Estatutária;
7. Deliberação sobre outros assuntos de interesse do Instituto.

Maurício Zanoide de Moraes

Presidente

I - Intróito

A Lei nº 11.340/06, que teve iniciada a sua vigência em 22 de setembro de 2006, pintou com novas cores, com a clara intenção de conceder maior proteção à mulher, as hipóteses de violência doméstica.

Inicialmente, deve-se esclarecer que a análise do tema requer grande cuidado porque desperta discursos apaixonados, onde predomina o maniqueísmo. Portanto, desde logo cumpre advertir que o texto se dirige ao questionamento da constitucionalidade e da eficácia de um determinado dispositivo de lei, sem, com isso, ignorar a necessidade da tutela do cônjuge diante das práticas discriminatórias, mormente as praticadas mediante violência.

O novo diploma em apreço insere no âmbito da violência doméstica contra a mulher a ação ou omissão que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico e dano, causados no ambiente familiar, entendendo por tal qualquer relação íntima de afeto, independente da opção sexual, onde as pessoas convivam ou tenham convivido.⁽¹⁾ Noutros termos, para efeito da lei, está em sua esfera de proteção a família tradicional, que se origina do casamento; a família que brota da união estável e até mesmo aquela que surge das relações homossexuais ou a família monoparental.

O art. 44 do diploma legislativo em comento trouxe aumento de pena ao art. 129, § 9º CP, elevando a pena máxima do delito para três anos, afastando-o, com isso, do rol dos crimes de menor potencial ofensivo. Tanto é assim que a nova lei prevê a criação de juizados de violência doméstica e familiar retirando a temática do âmbito dos juizados especiais criminais, outorgando competência ao juízo criminal comum para a aplicação da Lei nº 11.340/06 até a criação de tais órgãos (artigos 14 e 33).

Além disso, o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 trouxe **expressa** vedação a aplicação da Lei nº 9.099/95 “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista”. A determinação não é sem relevância, mesmo diante do aumento de pena estabelecido no art. 44, eis que existem dispositivos da Lei dos Juizados Especiais que se aplicam aos delitos que estão além de sua competência, como a suspensão condicional do processo, que seriam atingidos pela vedação mencionada, além do que há infrações penais que continuam sendo de menor potencial

ofensivo mesmo que praticados no âmbito da violência doméstica, como a ameaça, por exemplo.

Este artigo, quando veda a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, soa inconstitucional, sendo este o objeto da controvérsia.

II - Fundamentos para a inconstitucionalidade

Em primeiro lugar, merece destaque o fato de que a Constituição da República igualou, em direitos e deveres, homens e mulheres, especialmente no que concerne à sociedade conjugal (artigo 226, § 5º, CF).

Depois disso, é bom ver que no tocante aos filhos, sejam eles homens ou mulheres, havidos ou não na constância da união ou adotivos, a igualdade é prevista no artigo 227, § 6º da Lei Maior.

Ao nosso aviso, aí está, portanto, a primeira razão para a inconstitucionalidade.

Quando a lei menciona sobre a violência doméstica contra a mulher não está dispondo única e exclusivamente sobre a mulher que é agredida pelo marido ou companheiro. Neste contexto de relações está a violência exercida por pais contra filhas ou, ao contrário, dos filhos contra a mãe.

Criou o legislador infraconstitucional duas situações distintas, deixando de lado a isonomia constitucional.

Exemplificadamente, imagine que a filha é agredida pelo pai causando lesão corporal. Responderia o pai pelo crime do artigo 129 do Código Penal, com a nova pena prevista pelo artigo 44 da nova lei, sem direito a aplicação de qualquer instituto despenalizador da Lei nº 9.099/95, sendo a ação penal pública incondicionada.

Trocando de figuras, imagine a agressão do pai contra o filho, irmão da mulher que havia apanhado no parágrafo acima. Responderá também o pai pela infração do artigo 129 do Código Penal, com a nova sanção imposta pela Lei nº 11.340/063. Todavia, como o artigo 41 da nova Lei nº 11.340/06 estabelece que não se aplica a Lei nº 9.099/95 aos casos de violência familiar e doméstica contra a mulher, neste segundo caso a ação penal seria pública condicionada a representação e seria possível, em tese, a suspensão condicional do processo.

A mesma teratologia seria aplicada no caso do filho que ameaça a mãe e o pai. Na ameaça contra a mãe não se aplica a

Lei nº 9.099/95, ao revés do que ocorre na violência perpetrada contra o pai.

E mais: não se pode deixar de lado as relações homoafetivas, que passam a ser reconhecidas no território nacional, seguindo a evolução legislativa do mundo ocidental.

Salvo melhor juízo, não é preciso muito esforço para se perceber que a legislação infraconstitucional acabou por tratar de maneira diferenciada a condição de homem e mulher e o *status* entre filhos que o poder constituinte originário tratou de maneira igual, criando, aí sim, a desigualdade na entidade familiar.

Neste ponto, se a *ratio* da legislação é o maior dever de cuidado existente entre aqueles que convivem em relação de afeto, que justifica, sem dúvida, pena agravada, não há motivo para distinguir a vítima pelo gênero, nem como fazê-lo sem incorrer em inconstitucionalidade. Mesmo supondo que tal proibição traz maior proteção à mulher, e que esta, em regra, é a vítima das agressões no âmbito familiar, não há porque excluir desta proteção as pessoas pertencentes ao outro gênero, quando, em casos minoritários, a agressão existisse. Dito de outra forma: no que a exclusão da violência doméstica como um todo, sem distinção de gênero, da aplicação da Lei nº 9.099/95, diminuiria a proteção da mulher, em relação à forma atual da redação do dispositivo?

Indo mais adiante, outro ponto que leva a inconstitucionalidade do artigo acima citado guarda referência com a hierarquia dos bens jurídicos auferidos pela Constituição da República.

Na cabeça do artigo 5º da Magna Carta, o constituinte estabeleceu a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, segurança e propriedade.

Tal disposição em seqüência não é aleatória. Isto significa dizer que o direito à vida está em primazia sobre os demais. Em outras palavras, a vida é o bem jurídico de maior valor para o ser humano na escala constitucional.

Acontece que, já de algum tempo, o legislador infraconstitucional vem adotando a técnica da criação de microssistemas no ordenamento jurídico, estabelecendo, no mais das vezes, cinturões de proibições penais.⁽²⁾ Em que pese a sua proliferação, a técnica de criação de microssistemas, mormente em direito penal é arriscada, pois freqüentemente viola a sistematicidade e agride o princípio constitucional da proporcionalidade.

É exatamente o que se vê na lei em análise.

É visivelmente desproporcional que no crime de aborto consentido, que protege o bem jurídico vida, seja permitido o *sursis* processual previsto na Lei nº 9.099/95 e na hipótese de ameaça no âmbito familiar contra a mulher não seja possível a aplicação de qualquer dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95.

Em resumo, o que se quer atestar é a subversão dos valores auferidos pela Constituição da República aos bens jurídicos, daí porque também a pecha de inconstitucionalidade.

Pela vereda de razões expostas, advoga-se a inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei nº 11.340/06, devendo ser aplicada a Lei nº 9.099/95, tanto na sua parte processual como material (obviamente que só será possível aplicar a parte material em sua integralidade às infrações penais de menor potencial ofensivo), às hipóteses de violência familiar e doméstica contra a mulher, sem preconceitos aos princípios e valores constitucionais estabelecidos e implícitos, entendimento este que, aliás, foi estampado na ementa nº 82 do III Encontro dos Juízes de Juizados Especiais e de Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

III - Considerações finais

Infelizmente, o que se verifica é a constante ausência de uma política pública criminal, através da ratificação de uma legislação de emergência, com forte apelo à sua função simbólica. Ainda que se conclua pela existência e utilidade da eficácia simbólica da lei, o fato é que esta possui limites, devendo ser usada com parcimônia, sob pena de um procedimento autofágico, pois, diante da pluralidade exacerbada da legislação, os mecanismos de persecução penal apresentam capacidade reduzida de realização do plano de criminalização, e, por consequência, atuam de forma mais seletiva, pondo em xeque a credibilidade do sistema que, por

sua vez, é componente indispensável da eficácia simbólica da norma.

No momento em que se desnuda a ineficácia do sistema penal, mormente no que toca aos crimes que compõem a delinquência⁽³⁾ e que, em regra, estão fora das categorias atingidas pela Lei nº 9.099/95, não há como compreender que o legislador pretenda resolver, seriamente, o problema da violência doméstica recorrendo, de forma discriminatória e inconstitucional, ao mesmo procedimento que insiste em criticar.

O discurso do “mais do mesmo” já foi objeto suficiente de demonstração na literatura especializada,⁽⁴⁾ para que se pretenda apresentá-la com foros de novidade. A questão passa a ser pragmática: enquanto o País não consegue se retirar deste círculo vicioso, o problema criminal avulta, sem que se possa saber até quando o quadro será reversível sem o recurso a práticas exterminatórias. ◉

Notas

- (1) **BRASIL.** Lei nº 10.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em «<http://presidencia.gov.br>». Acesso em 13 jan. 2006.
- (2) **ROXIN, Claus.** *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2ª ed., Lisboa: Vega, 1993.
- (3) **SILVA, Jorge da.** *Segurança Pública e Polícia: Criminologia Crítica Aplicada*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- (4) **FOUCAULT, Michel.** “Estratégia poder-saber”, *Coleção Ditos & Escritos*, v. IV, trad. de Vera Lúcia Avellar Ribeiro, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

João Paulo de Aguiar Sampaio Souza

Mestre em Direito em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos e defensor público no Estado do Rio de Janeiro

Tiago Abud da Fonseca

Mestrando em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos e defensor Público no Estado do Rio de Janeiro

João Paulo de Aguiar Sampaio Souza e Tiago Abud da Fonseca



IBCCRIM

BOLETIM IBCCRIM
- ISSN 1676-3661 -

COORDENADORA-CHEFE:

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

COORDENADORES ADJUNTOS:

André Pires de Andrade Kehdi,
Andréa Cristina D'Angelo,
Leopoldo Stefano Leone Louveira
e Raíssa dos Reis Balaniuc Mendes

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

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas
Tel./Fax (11) 6215-3596
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO:

Ativa/M - Tel. (11) 6602-3344

“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:

15.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA: IBCCRIM

Rua XI de Agosto, 52
2º andar - CEP 01018-010
S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607
(tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Administrativo Financeiro: ... 2
Comunicação e Eventos: 3
Biblioteca: 4
Diretoria / Presidência: 5
Internet: 6
Secretaria: 7
Núcleo de Pesquisas: 8
<http://www.ibccrim.org.br>
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br
e boletim@ibccrim.org.br

PARTICIPEM DO BOLETIM

O *Boletim* está aberto à colaboração de todos para receber artigos a serem publicados e, também, decisões de primeira e segunda instâncias — que podem ser publicadas na íntegra ou resumidas, a critério da Coordenação do Boletim.

Os trabalhos enviados devem ser inéditos e conter, no máximo, **6.700** caracteres, contados os espaços.

As demais regras para publicação encontram-se em nosso *site*, assim como podem ser obtidas no próprio Instituto, por telefone, *e-mail* ou pessoalmente.

Sugestões e críticas também são bem-vindas, uma vez que a colaboração dos associados é de suma importância para o aprimoramento do nosso *Boletim*.

A partir das últimas décadas do século XX, são notáveis os avanços, no Brasil, como de resto no mundo ocidental, no sentido da afirmação e garantia dos direitos da mulher, da superação das relações de subordinação e construção de nova forma de convivência entre os gêneros, avanços associados não só ao crescimento da participação das mulheres nas atividades econômicas, com sua entrada maciça no mercado de trabalho, coincidente com a expansão do setor terciário da economia, mas também à evolução comportamental e ao questionamento e parcial superação de preconceitos no campo da sexualidade.

No entanto, as significativas transformações ocorridas desde então não lograram alcançar a plena superação da ideologia patriarcal nem mesmo ali onde registradas. A distinção entre tarefas masculinas e femininas não foi eliminada. Ainda há quem suponha que o trabalho profissional das mulheres seria secundário, funcionando apenas como uma complementação do orçamento familiar, de que sua relação com o trabalho seria diferente, de que seriam menos ambiciosas, que colocariam a maternidade como primeira opção. Isto conduz à desigualdade de salários e de oportunidades de ascensão a postos mais qualificados. A desigualdade se acentua no campo da participação política. Os espaços e postos políticos de poder e decisão subsistem como espaços masculinos, ainda hoje acessíveis a mulheres apenas enquanto exceções.

Os resquícios da ideologia patriarcal, da histórica desigualdade, da discriminatória posição de subordinação da mulher, naturalmente, também subsistem nas relações individualizadas. Embora os atos de agressão de homens contra mulheres nas relações de casais tenham diminuído sensivelmente — redução nitidamente visível em relação aos chamados homicídios passionais no Brasil, quase desaparecidos dos registros do sistema penal —, relações de hierarquização e dominação ainda subsistem, assim subsistindo atos identificáveis como expressão da chamada violência de gênero, isto é, motivados não apenas por questões estritamente pessoais, mas expressando fundamentalmente a hierarquização estruturada em posições de dominação do homem e subordinação da mulher, por isso se constituindo em manifestações de discriminação.

Mas, certamente, o enfrentamento da

violência de gênero, a superação dos resquícios patriarcais, o fim desta ou de qualquer outra forma de discriminação não se darão através da sempre enganosa, dolorosa e danosa intervenção do sistema penal, como equivocadamente crêem mulheres e homens que aplaudem o maior rigor penal introduzido em legislações como a nova Lei brasileira nº 11.340/2006 ou sua inspiradora espanhola *Ley Orgánica 1/2004*.

Esse doloroso e danoso equívoco vem de longe. Já faz tempo que os movimentos feministas, dentre outros movimentos sociais, se fizeram co-responsáveis pela hoje desmedida expansão do poder punitivo. Aderindo à intervenção do sistema penal como pretensa solução para todos os problemas, contribuíram decisivamente para a legitimação do maior rigor penal que, marcando legislações por todo o mundo a partir das últimas décadas do século XX, se faz acompanhar de uma sistemática violação a princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, com a crescente supressão de direitos fundamentais.

Mulheres e homens entusiastas do rigor penal como pretensa solução para a violência de gênero acenam com a finalidade de superação de práticas diferenciadas, arbitrárias ou discriminatórias, acenando com a realização do direito fundamental à igualdade para homens e mulheres. Mas, para atender seus desejos punitivos, não hesitam em, paradoxalmente, aplaudir as próprias práticas diferenciadas, arbitrárias e discriminatórias que suprimem direitos fundamentais.

Na Lei nº 11.340/2006 a indevida supressão de direitos fundamentais logo aparece na negação da isonomia, manifestada na exclusão da incidência da Lei nº 9.099/95 em hipóteses de crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 41) ou na vedação da aplicação de penas de prestação pecuniária e de substituição da pena privativa de liberdade que implique o pagamento isolado de multa (artigo 17).

O princípio da isonomia implica que o mesmo tratamento seja dado e os mesmos direitos sejam reconhecidos a todos que estejam em igualdade de condições e situações. A particularidade de uma determinada infração penal retratar uma violência de gênero não é um diferencial quando se cuida de institutos relacionados à dimensão do potencial ofensivo da

infração penal ou quando se cuida do modo de execução da pena concretamente imposta, não se autorizando, assim, por essa irrelevante particularidade, a desigualdade de tratamento. A dimensão de uma infração penal que a faz ser identificável como de menor potencial ofensivo ou de médio potencial ofensivo é determinada pela Lei nº 9.099/95 com base tão somente na medida das penas máxima ou mínima abstratamente cominadas. Trata-se aqui de lei geral imperativamente aplicável a todos que se encontrem na situação por ela definida, não estando autorizada a desigualdade de tratamento entre pessoas a quem seja atribuída prática de infrações penais que, definidas em regras que a elas cominam penas máximas ou mínimas de igual quantidade, apresentam igual dimensão de ofensividade. No que concerne à dimensão de seu potencial ofensivo, uma infração penal retratando violência de gênero a que cominada pena máxima de dois anos não se distingue de quaisquer outras infrações penais a que cominadas iguais penas máximas. Todas se identificam, em sua igual natureza de infrações penais de menor potencial ofensivo, pela quantidade das penas que lhes são abstratamente cominadas e todos seus apontados autores igualmente se identificam na igualdade de condições e situações em que se encontram.

A obediência ao princípio da isonomia impõe que a aplicabilidade da composição civil e da impropriamente chamada “transação” (artigos 74 e 76 da Lei nº 9.099/95) se estenda a todo e qualquer processo, em que deduzida pretensão punitiva fundada na alegada prática de qualquer infração penal a que cominada pena máxima não superior a dois anos, da mesma forma que a aplicabilidade da suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei nº 9.099/95) há de alcançar todo e qualquer processo, em que deduzida pretensão punitiva fundada na alegada prática de quaisquer infrações penais a que cominada pena mínima igual ou inferior a um ano.

Assim também a substituição da pena privativa de liberdade há de se reger pelas regras gerais vindas nos artigos 43 a 48 do Código Penal, que estabelecem requisitos — pena não superior a quatro anos em crimes dolosos; ausência de violência ou grave ameaça à pessoa; ausência de “reincidência específica”; circunstâncias favoráveis indicativas de menor medida da culpabilidade — que

➔ nada têm a ver com o tipo de crime reconhecido na sentença. Atendidos tais requisitos, somente as circunstâncias do caso concreto, a serem consideradas pelo juiz no momento da aplicação da pena, é que poderão dizer da maior ou menor conveniência da escolha de uma ou outra das penas pecuniárias ou restritivas de direitos elencadas naquelas regras, não sendo cabíveis exclusões antecipadas, ditadas pela mera definição da infração penal abstratamente dada pela regra tipificadora.

No afã de superproteger a mulher, a Lei nº 11.340/2006 não hesita em violar o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar.

Ao lado de medidas que impõem o afastamento do convívio com a ofendida e testemunhas do apontado autor do alegado crime retratando violência de gênero (incisos I a III do artigo 22) — medidas que, vale ressaltar, têm natureza cautelar, sendo aplicáveis unicamente para assegurar os meios e fins de processo em que se busca ou se irá buscar a realização da pretensão punitiva fundada na alegada prática do crime configurador da violência de gênero, sua imposição assim se condicionando à demonstração da presença de fatos demonstrativos de que a proximidade do apontado autor de um tal crime com a ofendida ou com testemunhas estaria a impedir sua livre manifestação, assim constituindo um risco ao normal desenvolvimento do processo —, a Lei nº 11.340/2006 trata de matéria cível, incluindo dentre as medidas protetivas de urgência a restrição ou a suspensão de visitas a “dependentes menores” e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios (incisos IV e V do artigo 22).

A restrição ou suspensão de visitas a filhos viola o direito à convivência familiar, assegurado pela Constituição Federal brasileira (*caput* do artigo 227) e pela Convenção sobre os Direitos da Criança (§ 3º do artigo 9º), esta expressamente enunciando o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos. Ao pretender suprimir tal direito, a Lei nº 11.340/2006 ainda desconsidera a vontade da criança ou do adolescente. Preocupando-se apenas com a audição de “equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar”, viola regras vindas nos §§ 1º e 2º do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que asseguram à criança, que for capaz de formar seus próprios pontos de vista,

o direito de exprimir suas opiniões livremente sobre todas as matérias que lhe forem atinentes, levando-se devidamente em conta suas opiniões em função de sua idade e maturidade, para esse fim, devendo lhe ser dada oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito.

Mas, o paradoxal comportamento de mulheres e homens entusiastas do rigor penal como pretensa solução para a violência de gênero não se esgota no aplauso a essas exemplares violações de princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas. Para atender seus desejos punitivos vão além, aplaudindo até mesmo regras que, paradoxalmente, discriminam as próprias mulheres.

Eloqüente exemplo da discriminatória superproteção à mulher encontra-se na regra do artigo 16 da Lei nº 11.340/2006, que estabelece que a renúncia à apresentação só poderá se dar perante o juiz, em audiência especialmente designada para tal fim e ouvido o Ministério Público. A mulher passa a ser assim objetivamente inferiorizada, ocupando uma posição passiva e vitimizadora, tratada como alguém incapaz de tomar decisões por si própria.

Na inspiradora legislação espanhola, o descumprimento de medidas de proteção, análogas às previstas na nova lei brasileira, conduz à configuração do *quebrantamiento de condena* (artigo 468, 2 do Código Penal espanhol), que, incluído dentre os crimes contra a administração da justiça, é reconhecível independentemente ou mesmo contrariamente à vontade da mulher em nome de cuja proteção são decretadas as descumpridas medidas, o que pode implicar na absurda situação de se privar a própria mulher de prosseguir ou retomar a convivência com o apontado autor da alegada violência de gênero, ou até mesmo em imputação a ela da prática daquele mesmo crime de *quebrantamiento de condena*, na qualidade de partícipe.

É preciso sempre ter cuidado com mecanismos que, sob o pretexto de tutelar ou proteger determinados grupos de pessoas consideradas mais frágeis ou mais vulneráveis, acabam por inferiorizar tais grupos, acabando por instrumentalizar a materialização de concepções discriminatórias.

A proibição de uma conduta que atenta contra a pessoa não pode servir para tolher, ainda que indiretamente, a liberdade dessa mesma pessoa que a norma

pretende proteger. A realização de direitos fundamentais evidentemente não convive com a contrariedade aos anseios e aos direitos dos próprios titulares dos bens destinatários da tutela jurídica.

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente dita ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar — e sua escolha há de ser respeitada, pouco importante se o escolhido é ou não um “agressor” — ou que, pelo menos, não deseja que seja punido.

O enfrentamento da violência de gênero, a superação dos resquícios patriarcais, o fim desta ou de qualquer outra forma de discriminação, vale sempre repetir, não se darão através da sempre enganosa, dolorosa e danosa intervenção do sistema penal. É preciso buscar instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil, simplista e meramente simbólico apelo à intervenção do sistema penal, que, além de não realizar suas funções explícitas de proteção de bens jurídicos e evitação de condutas danosas, além de não solucionar conflitos, ainda produz, paralelamente à injustiça decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade, um grande volume de sofrimento e de dor, estigmatizando, privando da liberdade e alimentando diversas formas de violência.

O efetivo rompimento com tendências criminalizadoras, sejam as sustentadas nos discursos de lei e ordem, sejam as apresentadas sob uma ótica supostamente progressista, é parte indispensável do compromisso com a superação das relações de desigualdade, de dominação, de exclusão. A repressão penal, qualquer que seja sua direção, em nada pode contribuir para o reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, tampouco podendo trazer qualquer contribuição para a superação de preconceitos ou discriminações, até porque preconceitos e discriminações estão na base da própria idéia de punição exemplificativa, que informa e sustenta o sistema penal. ◉

Maria Lúcia Karam
Juíza de Direito aposentada

Entrou em vigor, no dia 22 de setembro, a Lei nº 11.340 — chamada Lei Maria da Penha — que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, visando assegurar a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial da mulher.

As novidades são muitas e chegam em boa hora. Foi devolvida à Polícia Judiciária a prerrogativa investigatória (art. 10). O registro da ocorrência desencadeia um leque de providências: a polícia garante proteção à vítima, a encaminha ao hospital, fornece transporte para lugar seguro e a acompanha para retirar seus pertences do local da ocorrência (art. 11). A autoridade policial, além de instaurar o inquérito (art. 12, VII), toma por termo a representação quanto aos delitos cuja ação penal é pública condicionada (art. 12, I) e em 48 horas encaminhada a juízo o pedido de medidas de urgência (art. 12, III). Colhido o depoimento do agressor e das testemunhas (art. 12, V) e feita sua identificação criminal (art. 12, VI), o inquérito policial deve ser encaminhado à Justiça no prazo de 10 dias (CPP, art. 10). Apesar de haver a determinação que seja enviado ao juiz e ao Ministério Público (art. 12, VII), cabe ser enviado ao fórum. Como ao ser procedida a distribuição, independentemente de ordem judicial, o inquérito é encaminhado ao Ministério Público para oferecimento da denúncia, desnecessária dupla remessa, como parece sugerir o dispositivo legal.

A vítima deverá estar sempre acompanhada de advogado (art. 27), tanto na fase policial, como na judicial, garantido o acesso aos serviços da Defensoria Pública e à Assistência Judiciária Gratuita (art. 18). Não pode ser ela a portadora da notificação ao agressor (art. 21, parágrafo único), sendo pessoalmente cientificada quando ele for preso ou liberado da prisão, sem prejuízo da intimação de seu procurador (art. 21).

Ao juiz cabe adotar não só as medidas requeridas pela vítima (art. 12, III, 18, 19 e § 3º) ou pelo Ministério Público (art. 19 e seu § 3º), também lhe é facultado agir de ofício (arts. 20, 22, § 4º 23 e 24). Assim, pode determinar o afastamento do agressor (art. 22, II) e a recondução da ofendida e seus dependentes ao lar (art. 23, III); impedir que ele se aproxime da casa; impor limite mínimo de distância; vedar que se comunique com a família; suspender visitas; encaminhar a mulher e os filhos a abrigos seguros; fixar alimentos provisórios ou provisionais (art. 22). Além disso,

lhe é facultado adotar medidas outras, como determinar a restituição de bens indevidamente subtraídos da vítima, suspender procuração por ela outorgada ao agressor e proibir temporariamente a venda ou locação de bens comuns (art. 24). Para garantir a efetividade do adimplemento das medidas aplicadas, pode requisitar, a qualquer momento, o auxílio da força policial (art. 22, § 3º). Também o magistrado dispõe da prerrogativa de determinar a inclusão da vítima em programas assistenciais (art. 9º, § 1º). Quando ela for servidora pública, tem acesso prioritário à remoção ou, se trabalhar na iniciativa privada, lhe é assegurada a manutenção do vínculo empregatício, por até seis meses, se for necessário seu afastamento do local de trabalho (art. 9, § 2º).

Foi criada mais uma hipótese de prisão preventiva (o art. 42 acrescentou o inc. IV ao art. 313 do Código de Processo Penal), que pode ser decretada por iniciativa do juiz, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial (art. 20).

A participação do Ministério Público é indispensável. Tem legitimidade para agir como parte, intervindo nas demais ações tanto cíveis como criminais (art. 25). Como é intimado das medidas que foram aplicadas (art. 22 § 1º), pode requerer a aplicação de outras (art. 19) ou sua substituição (art. 19, § 3º). Quando a vítima manifestar interesse em desistir da representação, deve o promotor estar presente na audiência (art. 16). Também lhe é facultado requerer o decreto da prisão preventiva do agressor (art. 20).

Mesmo que tenha sido atribuída aos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a instituição de um sistema nacional de dados e informações estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 38), o Ministério Público manterá um cadastro similar (art. 26, III). As secretarias estaduais de segurança pública devem remeter informações para a base de dados do Ministério Público (art. 38, parágrafo único). Tal registro não se confunde com os antecedentes judiciais. Ainda que a operacionalização desta providência legal possa gerar mais trabalho, a medida é salutar. Trata-se de providência que visa a detectar a ocorrência de reincidência como meio de garantir a integridade da vítima. Também é atribuição do Ministério Público a defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos na lei (art. 37).

Certamente o maior de todos os avan-

ços foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), com competência cível e criminal (art. 14). Para a plena aplicação da lei o ideal seria que em todas as comarcas fosse instalado um JVDFM. O juiz, o promotor, o defensor e os servidores deveriam ser capacitados para atuar nessas varas, que precisariam contar com equipe de atendimento multidisciplinar, integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde (art. 29), além de curadorias e serviço de assistência judiciária (art. 34). Claro que diante da realidade brasileira não há condições de promover o imediato funcionamento dos juizados com essa estrutura em todos os cantos deste país, até porque, de modo injustificado, sequer foi imposta a criação ou definidos prazos para sua implantação.

Outra mudança substancial. O afastamento da violência doméstica do âmbito dos Juizados Especiais (art. 41). A alteração de competência justifica-se. Ainda que a Constituição Federal tenha assegurado alguns privilégios aos delitos de menor potencial ofensivo (CF, art. 98, I), foi delegado à legislação infraconstitucional definir os crimes que assim devem ser considerados. Foi o que fez a Lei nº 9.099/95, elegendo como de pequeno potencial ofensivo a lesão corporal leve e a lesão culposa, sem, no entanto, dar nova redação ao Código Penal (Lei nº 9.099/95, art. 88). Lei posterior e da mesma hierarquia, excluiu deste rol a violência doméstica. Assim, quando a vítima é a mulher, e o crime aconteceu no ambiente doméstico, as lesões que sofre não mais podem ser consideradas de pouca lesividade, pois fora da égide da Lei dos Juizados Especiais. O agressor responde pelo delito na forma prevista na Lei Penal, ou seja, ação pública incondicionada.

Não se visualiza inconstitucionalidade no fato de lei federal definir competências. Como foi afastada a incidência da lei que criou os juizados especiais, a definição da competência deixa de ser da esfera organizacional privativa do Poder Judiciário (CF, 125, § 1º). De qualquer forma, é indiscutível que a violência doméstica está fora do âmbito dos Juizados Especiais, e estes não poderão mais apreciar tal matéria. Enquanto não ocorrer a instalação dos JVDFM, as demandas serão encaminhadas às Varas Criminais (arts. 11 e 33), mesmo que a maioria das providências a serem tomadas seja no âmbito do Direito de Família. Aliás, é

➔ bom lembrar que, em razão disso, somente o juiz togado pode apreciar tais pedidos. Nem pretores e muito menos conciliadores têm competência para atuar nesses procedimentos.

Cabe atentar a que cada denúncia de violência doméstica pode gerar duas demandas judiciais. Tanto o expediente encaminhado pela autoridade policial para a adoção de medidas protetivas de urgência (art. 12, III), como o inquérito policial (art. 12, VII), serão enviados a juízo em momentos diferentes. Como é garantido o direito de preferência (art. 33, parágrafo único), indispensável a imediata instalação dos juizados especializados pois, nas varas criminais, certamente os demais processos acabarão tendo sua tramitação comprometida, com maior possibilidade da ocorrência da prescrição.

Deferida ou não a tutela de urgência, o juiz pode designar audiência de justificacão ou de conciliação. Esta providência, ainda que não prevista na lei, é salutar, até porque os provimentos adotados envolvem questões de Direito de Família. A finalidade não é induzir a vítima a desistir da representação e nem forçar a reconciliação do casal. É uma tentativa de solver consensualmente temas como, guarda dos filhos, regulamentação das visitas, definição dos alimentos. Na audiência, na qual estará presente o Ministério Público (art. 25), tanto a vítima (art. 27) como o agressor deverão estar assistidos por advogado. O acordo homologado pelo juiz constitui título executivo judicial (CPC, art. 475-N, III). A transação não significa renúncia à representação (art. 16) e tampouco obstáculo ao prosseguimento do inquérito policial. Sem êxito a tentativa conciliatória, permanece hígido o decidido em sede liminar. Em qualquer hipótese deve a vítima, se não estiver acompanhada de procurador, ser encaminhada à Defensoria Pública que atua junto as Varas de Família. Este é o juízo competente para solução, modo definitivo, das questões objeto dessas controvérsias.

Há a possibilidade de substituição de uma medida protetiva por outras, bem como a concessão de novas providências para garantir a segurança da ofendida, seus familiares e seu patrimônio. Tal pode ser determinado de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da ofendida (art. 19, §§ 2º e 3º).

Ocorrendo inadimplemento do acordo, a demanda executória será proposta nas Varas de Família. Os recursos serão apreciados nas Câmaras Cíveis ou nas Câmaras Especializadas de Família. A definição de competência ditada pela lei (art.

14), diz respeito às providências de ordem criminal e não às medidas protetivas.

Deferida ou não medida antecipatória, realizado ou não o acordo, nada obstaculiza o andamento do inquérito policial, o qual será distribuído ao mesmo juízo que apreciou o procedimento cautelar. Nos crimes de ação penal pública condicionada, pode a vítima renunciar à representação (art. 16). Trata-se de retratação à representação tomada por termo pela autoridade policial quando do registro da ocorrência (art. 12, I).

O desejo de desistir pode ser comunicado pessoal e oralmente pela ofendida no cartório da vara à qual foi distribuído o incidente preliminar. Certificada pelo escrivão a manifestação de vontade da vítima, tal deverá ser comunicado de imediato ao juiz que designará audiência para ouvi-la, dando ciência ao Ministério Público. Encontrando-se o juiz nas dependências do fórum, a audiência pode ser realizada de imediato. Homologada a renúncia, será comunicada a autoridade policial para que arquite o inquérito policial, em face da extinção da punibilidade. Porém, só há a possibilidade de a vítima renunciar à representação nos delitos que o Código Penal classifica como sendo de ação pública condicionada à representação: contra a liberdade sexual (CP, art. 225) e ameaça (CP, art. 147).

Com referência às lesões corporais leves a exigência de representação não se aplica à violência doméstica. Ainda que esse delito tenha sido considerado de pequeno potencial ofensivo pela Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95, art. 88), sua incidência foi expressamente afastada (art. 41). Assim, são crimes de ação pública, não havendo exigência de representação e nem possibilidade de renúncia ou desistência por parte da ofendida (art. 16). Somente nas hipóteses em que o Código Penal condiciona a ação à representação é possível a renúncia, mas antes do recebimento da denúncia.

Não incidindo a Lei dos Juizados Especiais, também não há que se falar em suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95, art. 89), composição de danos ou aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (Lei nº 9.099/95, art. 72).

Aliás, foi para dar ênfase a esta vedação que a lei acabou expressamente por vetar a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique no pagamento isolado de multa (art. 17). Esse dispositivo, além de redundante, tem uma

incorreção, pois não se pode falar em aplicação de pena de cesta básica, senão em possibilidade de ser aplicada, como pena restritiva de direito, o fornecimento de cesta básica.

Igualmente não dá mais para o Ministério Público propor transação penal

ou aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa (Lei nº 9.099/95, art. 76). Ditas restrições não significa que a condenação levará sempre o agressor para a cadeia. Mesmo que tenha havido a majoração da pena do delito de lesão corporal — de seis meses a um ano para três meses a três anos (o art. 44 deu nova redação ao art. 129, § 9º do CP) —, ainda assim possível é a suspensão condicional da pena (CP, art. 77).

O último dispositivo da lei é dos mais salutares, ao permitir que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação (art. 45). Mas para isso é necessário que tais espaços existam. Apesar de ser concorrente a competência da União, dos Estados e Municípios para a estruturação desses serviços, a serem prestados por profissionais das áreas psicossociais (art. 35), sabido sua implementação será dificultosa. Certamente mais uma vez será chamada a sociedade a suprir as falhas do Estado. Mister que universidades, organizações não governamentais, serviços voluntários se disponham a concretizar deste que é a mais eficaz arma para coibir a violência doméstica: gerar no agressor a consciência de que ele não é o proprietário da mulher, não pode dispor de seu corpo, comprometer impunemente sua integridade física, higidez psicológica e liberdade sexual.

Este é o meio mais eficaz para minimizar a prática deste velho crime. Daí uma nova lei se fazia urgente. ◉

A mais eficaz arma para coibir a violência doméstica é gerar no agressor a consciência de que ele não é o proprietário da mulher, não pode dispor de seu corpo, comprometer impunemente sua integridade física, higidez psicológica e liberdade sexual.

Maria Berenice Dias
Desembargadora do Tribunal de Justiça do RS

O homem deve ser punido pelo que ele fez ou pelo que ele é? Em resposta a esta crucial indagação, feita por **Liszt** no início do século passado,⁽¹⁾ ainda encontramos quem se incline pela segunda alternativa. Os resquícios autoritários do Código Penal, sob influxo do ideal nacional-socialista dos anos quarenta, estão presentes em conceitos penais construídos a partir dos traços biológicos do autor. A circunstância judicial da personalidade do agente é um desses conceitos — de inspiração na velha biologia criminal — que vem recebendo um significado distante do contexto científico.

A doutrina dominante deixa claro que, para o Código Penal, a aceção da personalidade deve ser compreendida em sentido vulgar. Assim, **Roberto Lyra** analisa a personalidade do agente fora do ambiente clínico, sem pesquisa psicológica, unicamente perquirindo sobre a participação do réu no círculo cívico, isto é, sobre a sua conduta como pai; filho; esposo; amigo; profissional etc.⁽²⁾ **Aníbal Bruno** também atribui ao magistrado o dever de situar a personalidade no “ambiente físico e sócio-cultural (sic) em que vive o homem”,⁽³⁾ razões pelas quais, como compreende **Guilherme Nucci**, o magistrado “não precisa ser um técnico para avaliar a personalidade”.⁽⁴⁾

Deste modo, dando azo à elevação da pena-base, comumente deparamo-nos com expressões judiciais que infligem ao agente — sob o comando de uma falsa retórica da personalidade — o porte de *personalidade desvirtuada; personalidade distorcida; personalidade desviada; personalidade voltada à prática delitiva; personalidade perigosa; personalidade anti-social; personalidade comprometida pela falta de valores éticos e morais; personalidade voltada para o mal* etc. Todas estas expressões, extraídas da jurisprudência e muito semelhantes à legislação penal do início do século passado, exprimem a *retórica da personalidade distorcida*, cuja fórmula-padrão empresta importância a um modelo de perversidade e predisposição do acusado para praticar más ações.

Hoje, impõe renegar-se a legitimidade da personalidade como circunstância capaz de determinar a valoração negativa da pena-base, uma vez que o agente não a tem voluntariamente. O magistrado, com avigora **Amilton Bueno de Carvalho**, não detém “*habilitação técnica para proferir juízos de natureza antropológica, psicológica ou psiquiátrica, não dispondo o processo judicial de elementos hábeis (condições mínimas) para o julgador proferir ‘diagnósticos’ desta natu-*

reza”.⁽⁵⁾ Em sua acepção vulgar, a personalidade desprovida dos elementos técnicos que a compõe, somente pode ser determinada para abrandar a pena-base, nunca para aumentá-la. A usual *retórica judicial* esvazia-se frente à incapacidade teórica para reconhecê-la cientificamente.

Ao contrário do que entende a doutrina dominante, o *caráter* não se confunde com a *personalidade*; enquanto esta é dinâmica, aquele possui natureza estática. O *caráter* admite representação por meio de traços comuns a um grupo de pessoas, enquanto a *personalidade* recusa a sistematização por modelos preconcebidos. Todo indivíduo possui a sua personalidade, sendo irrealizável determinar traços comuns a um grupo de pessoas. A personalidade é construída durante a história individual de cada ente.⁽⁶⁾ Sempre será aleatória a tentativa de determiná-la a partir de um único fato ilícito — muitas vezes vagamente construído (idealizado) a partir de meros testemunhos. O processo penal não permite que a história individual do agente seja inventariada; no máximo logra perscrutar o fato criminoso, restando-lhe poucos meios capazes de permitir a constituição de um perfil psicológico do acusado.

Outrossim, fatores congênitos também são determinantes na formação da personalidade, não sendo proporcional que alguém tenha a pena elevada por força de circunstâncias para as quais não contribuíra. Para **Donald Woods Winnicott**, psicanalista inglês e inquestionável estudioso das raízes da personalidade transgressora, já surgem na infância as causas dos comportamentos anti-social, cuja ausência de tratamento apropriado converge à delinquência juvenil, permitindo-se a instalação — já na fase adulta — de estado de *personalidade psicopática*.⁽⁷⁾

Termos vagos ou valorativos não se submetem à confrontação dialética do processo, motivo pelo qual o seu emprego esvazia a descrição do fato e, desde modo, compromete o sistema de garantias penais. O juiz quase sempre atribui ao réu uma personalidade calcada em conclusões cientificamente indemonstráveis, dando guarita à suposição segundo a qual todo aquele que comete o crime detém uma personalidade anômala em re-

lação à “personalidade” de certo grupo social. Como explica **Ferrajoli**, a verdade jurídica deve permitir a refutação mediante contraprovas, sendo que juízos potestativos do tipo “Tício é perigoso” ou “Caio é subversivo”, por fugirem do processo de

cognição, cerceiam a defesa. É por isto que — anota o autor — hábitos mentais do sujeito, os julgamentos subjetivos, as ideologias pessoais e os preconceitos não condizem com a

conotação de um juiz(o) imparcial.⁽⁸⁾

O princípio da individualização, portanto, deve ser contemplado em consonância com os demais princípios que norteiam a pena, especialmente os princípios da motivação e da taxatividade. Conseqüentemente, impõe-se que a personalidade do agente seja considerada apenas para beneficiá-lo, caso contrário também teremos de admitir que o homem deva ser punido pelo que ele é e não pelo que fez. ●

Notas

- (1) *A Teoria Finalista no Direito Penal*. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 39.
- (2) **LYRA, Roberto**. *Comentários ao Código Penal*, v. II, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 211.
- (3) *Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 95.
- (4) “A Análise da Personalidade do Réu na Aplicação da Pena”, **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, nº 153, agosto/2005, p. 02-03.
- (5) TJRS, Ap. nº 70.005.127.295, 5ª Câmara Criminal, des. **Amilton Bueno de Carvalho**. **Boletim IBCCRIM** nº 129, agosto/2003. Precedentes no TJRS: Ap. Crim. nºs 70.000.592.683 e 70.000.767.269, 5ª Câmara Criminal, e Acórdão nº 296021173, 4ª Câmara Criminal do extinto Tribunal de Alçada RS — julgados nºs 100/143.
- (6) **FILLOUX, Jean C.** *A Personalidade*, 4ª ed., trad. de **Eunice Katunda**, São Paulo: Difel, 1983, p. 13.
- (7) Cf.: **GORAYER, Raul**. “O Observador Engajado”. *Viver Mente & Cérebro: Coleção Memória da Psicanálise*, São Paulo: Duetto Editorial, nº 5, s.d., pp. 78-83.
- (8) *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, trad. de **Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, pp. 132-5.

Fábio Wellington Ataíde Alves
Juiz de Direito no Rio Grande do Norte
e mestrando na UFRN

INSTITUTOS PENAIS DE BASE CATÓLICA SOB A ÓTICA DE UM DIREITO PENAL DO FATO

Tamar Oliva

Tamar Oliva

Culpa, reprovação, arrependimento, perdão, confissão. Os termos parecem extraídos de uma pregação religiosa, porém aqui são trazidos em colorido algo diverso. Palavras basilares no vocabulário jurídico-penal, encontram-se na verdade todas elas insculpidas no texto do vigente Código Penal brasileiro e são herança do vínculo secular que liga crime à religião.

A mais antiga idéia que se tem de repressão a comportamentos prejudiciais ao convívio em um determinado grupo remonta às organizações sociais primitivas, nas quais o crime era antes de tudo uma ofensa aos deuses. Sobre tal alicerce, então, foi evoluindo a noção de delito até galgar os primeiros passos na formação da Ciência Criminal, em fins do século XVIII.

No decorrer da história, as práticas penais institucionalizadas têm-se mostrado forte manifestação da força política do poder governante, desde épocas remotas. Prova disso é o conceito de vingança coletiva, com o uso da pena para subjugar o povo adversário; ou os crimes de lesa-majestade, tão comuns nos tempos do domínio português sobre o Brasil-colônia; ainda, num exemplo mais próximo, o chamado Direito Penal simbólico, de penas extravagantes e institutos penais tão repressivos quanto ineficazes, passando a falsa impressão de segurança à coletividade; e por fim, o recentemente desenvolvido Direito Penal do inimigo, a pregar um tratamento diferenciado àqueles que se apresentarem como uma séria ameaça à vida em sociedade.

Não é sem motivo, pois, que todo o Direito Penal se encontra permeado de termos que remetem de alguma maneira ao Direito Canônico: o momento histórico em que se assentaram as bases do estudo do crime enquanto ciência, muito embora coincida com o alvorecer do Iluminismo, era ainda um tempo em que a Igreja (Católica) detinha boa parte do poder político.

No campo jurídico-intelectual, a época era de consolidação e domínio da chamada Escola Clássica, que via no direito uma essência transcendente, de origem divina, de modo que seus postulados derivariam da *revelação* daquilo que deveria reger o mundo dos homens. Confundiam-se, no mais das vezes, moral e direito, e, nesse contexto de influência religiosa, conceberam-se diversos dos institutos penais basilares ainda hoje em voga, como forma de ex-

pressão da força dominante, em repressão a comportamentos tidos por perniciosos à sociedade.

E não só em sua origem os institutos penais ostentam caráter religioso. No estudo da pena, por exemplo, as idéias de castigo e emenda são recorrentes, como prova a doutrina correccionalista espanhola, que já no início do século XX procurava analisar a sanção criminal como forma de recuperação do condenado, como um *bem* a que o sujeito que errara deveria ser submetido para que a expiação o corrigisse.

Conseqüência direta do forte vínculo entre religião e Direito Penal é o fato de que tanto a elaboração como a interpretação das leis criminais mostraram-se e ainda se mostram — porém, hoje com menor freqüência — quase sempre voltadas ao subjetivismo do agente, à valoração da sua intenção ao executar determinada conduta recriminada, muito mais do que aos danos que concretamente a sua atuação tenha ocasionado à comunidade.

Na legislação penal brasileira, especificamente, nota-se sobremaneira a valoração negativa da vontade do agente em detrimento da maior importância que se deveria reputar às conseqüências do seu comportamento.

A punição por tentativa branca; o sopesamento do motivo que impulsionou o crime, ora como agravante ou qualificadora, ora como atenuante ou causa de privilégio, porém, sempre como circunstância judicial na aplicação da pena; a diversidade de tratamento (por vezes, deveras considerável) entre as hipóteses de tentativa e as de desistência voluntária, são alguns dos inúmeros exemplos que apontam para o valor que o legislador pátrio conferiu ao íntimo querer do executor de um crime.

É possível atribuir um tal direcionamento, de um lado, à idéia de (nova?) defesa social que parece haver permeado a construção das leis criminais da década de 40 — Código Penal, Código de Processo Penal e Lei das Contravenções Penais — bem como da Lei nº 6.416, de 1977, baseada no conceito de periculosidade. A

orientação era de que a sociedade somente restaria devidamente protegida se o sistema penal levasse em conta comportamentos (inclusive pré-delitivos) que indicassem forte pensão do seu autor ao crime.

Todavia, tendo a reforma de 1984 procurado extirpar a idéia de periculosidade do Código Penal, mais seguro é mesmo compreender o liame que até inconscientemente relaciona noções fundamentais de Direito Penal à religião, como justificativa do fenômeno que ora se denuncia.

O fato é que, objetivamente, o aplicador do Direito no Brasil se depara com leis criminais de forte tendência subjetivista e deve saber como trabalhá-las para evitar que, em tempos de valorização da dignidade humana como limite à atividade repressora do Estado, se resvale ao

campo da arbitrariedade, reftreando-se a condução de vida de um sujeito e suas convicções pessoais antes que os prejuízos advindos do seu agir.

É mister, pois, rever essa tendência a um posicionamento de *Direito Penal de autor* para que, entendendo-se as leis penais como *ultima ratio*, estas se ocupem muito mais dos danos que determinada conduta concretamente provoque do que da valoração da vontade do agente. O que aqui se propõe é, em outras palavras, um novo olhar sobre as leis criminais vigentes, numa análise própria de um *Direito Penal do fato*.

Já não se pode admitir que o julgamento num processo penal se baseie nos mesmos critérios de que se vale um pastor religioso para avaliar o comportamento dos que lhe vêm expor os pecados. Daí que deve ser revista a ponderação que merecem institutos como a confissão, o arrependimento (posterior ou eficaz) e, principalmente, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente bem como os motivos do crime, para que somente influam no cálculo da pena, para mais ou para menos, se houverem efetiva e objetivamente alterado as circunstâncias e conseqüências do delito. 

Tamar Oliva

Procuradora do Estado de São Paulo

É mister, pois, rever essa tendência a um posicionamento de *Direito Penal de autor* para que, entendendo-se as leis penais como *ultima ratio*, estas se ocupem muito mais dos danos que determinada conduta concretamente provoque do que da valoração da vontade do agente.

A Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, aprovada por maioria no último dia 2 de outubro, reacende discussão sobre os chamados “poderes investigatórios do Ministério Público”. A pressa em tentar disciplinar o que ainda é objeto de análise da Suprema Corte,⁽²⁾ a cuja decisão final os jurisdicionados se curvarão, antecipou algumas cogitações.

1. Afinal, é a Constituição que se interpreta em face da Resolução?

Em tempos recentes, parece crescer a estranheza com a idéia de que a reserva jurisdicional do mínimo essencial aos direitos fundamentais é inseparável do Estado Democrático de Direito. Assim, tenta-se esquecer da lição segundo a qual o polissêmico “interesse público” não se opõe às garantias fundamentais do investigado. Na contramão da evolução histórica e fundamentada dos direitos fundamentais no mundo ocidental, e de diversos documentos que a solidificam (p.g.: Pacto de Direitos Cívicos de 1966; Pacto de San José da Costa Rica, Constituição Federal do Brasil), pretende-se estabelecer fictícia oposição entre valores fundamentais consagrados no Direito positivo.

Tudo como se o “interesse público” fosse capaz de afastar garantias dos jurisdicionados, especificamente os sujeitos às mazelas do processo penal, como, por exemplo: acesso a conteúdo das investigações; possibilidade de dedução de defesa tão logo se formalize a imputação; faculdade de intervir nos termos do processo com vistas a se atingir a verdade factual e, ainda, conhecimento dos autos para, se por mais não fosse, formular ações de impugnação. Tudo isso, argumenta-se de uma ou outra maneira, pareceria não estar protegido por noção ampla como o caráter público do interesse.

Exemplo desse pensamento criticável é o da Resolução nº 13, aprovada pelo CNMP em 2 de outubro último. Ali, ao mesmo tempo em que se separa a “*elucidação do fato*” do “*interesse público*” (art. 14, *caput*), como se a primeira não fosse inata ao segundo; ora se diz que o respeito à garantia constitucional (art. 5º, inciso LX) da publicidade cinge-se à “*expedição de certidão*” (art. 13, I), ora que basta a “*cópia autenticada de depoimento que tenha prestado e dos atos de que tenha, pessoalmente, participado*” (art. 14, *caput*). Ou seja: a garantia se flexibiliza sob critério do membro do

Parquet que presida o tal “*instrumento de natureza administrativa e inquisitorial*” (art. 1º, *caput*) a ponto de se negar ao investigado ou à vítima o acesso ao que se disse *dele* ou *dela*.

Mas de distinção entre publicidade interna, aos sujeitos do processo, e de publicização das provas produzidas no tal procedimento não se tratará agora (até porque o interesse público nem sempre é sinônimo do interesse “do” público: o primeiro, indisponível, decorre da natureza do procedimento e pressupõe tratamento paritário aos sujeitos processuais; o segundo obedece a critérios exógenos ao feito, no sentido de publicizar o debate da causa, *ex vi* do artigo 5º, LX, Constituição Federal).

Sob outro ponto de vista, parece questionável se garantir acesso incondicional a “*qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública*” (art. 6º, IX) ao órgão do Ministério Público, mesmo porque já existe adequada previsão constitucional a respeito (art. 5º, XXXIII). Não parece razoável, também, prever-se inoponibilidade de sigilo de informações ao Ministério Público (art. 6º, § 1º).

Ora: hermenêutica constitucional recomenda que não se interprete a mesma disposição (art. 5º, inciso XXXIII) num sentido *ex parte* cidadão e noutro, mais lato, *ex parte* Ministério Público. Certo, a Constituição não se interpreta em tiras; certo também, o direito fundamental de acesso aos dados é de endereçamento indistinto, sem distinções que não as sustentáveis à luz do disposto no Texto Fundamental (art. 5º, *caput*, CF).

Esses poucos aspectos materiais da sobredita Resolução levantariam já a questão de sua constitucionalidade (art. 60, § 4º, Constituição Federal), mas é bom aduzir que o procedimento parece trazer em si o risco de arbitrário autismo. Isso porque se prevê, no artigo 12, que o membro do Ministério Público “responsável por sua condução” poderá prorrogar, sucessivamente, o prazo da duração do procedimento mediante “*decisão fundamentada*”.

Noutro aspecto, enquanto o Código de Processo Penal limitava a função do órgão *custos legis* ao requerimento do arquivamento (artigo 28, CPP) — até porque a decisão de arquivamento termina a persecução penal e como tal não prescinde de apreciação jurisdicional —, agora se determina que o membro do Ministério Público “*promoverá o arquivamento dos*

autos ou das peças de fundamentação, fazendo-o fundamentadamente” (art. 15). A decisão — não mais o requerimento, apresenta-se, agora, não só ao juiz de Direito, mas também — como alternativa — ao órgão superior do Ministério Público. É bom lembrar, no particular: é de “procedimento investigatório criminal” que se trata, e não de inquérito civil preparatório para eventual ação civil pública, no qual se permite fiscalização doméstica das razões de arquivamento (art. 9º, Lei Federal nº 7.347/85).

Pelo visto, afasta-se da fiscalização judicial da primeira fase da persecução penal, algo com que não se deve concordar, até porque tal fiscalização é idéia consagrada no âmbito do procedimento prévio às demandas penais, estejam formalizadas em inquéritos policiais ou nos tais *procedimentos criminais diversos* que afloram pelas seções judiciárias das Justiças Federais do Brasil (rótulo de conteúdo multiforme, que ainda não se cuidou de conceituar). Não se deveria cogitar de início da persecução penal ou, nos termos da Resolução, procedimento preparatório “*para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal*” (art. 1º, *caput*), sem análise de legalidade feita por juiz de Direito. Isso, à luz da vislumbrada segurança jurídica, ou daquela outra, dos jurisdicionados.

E é estranho que, quando a ciência do Direito Constitucional se preocupa com a legitimidade democrática da própria atuação jurisdicional para fiscalizar a limitação do exercício de direitos fundamentais, tente-se imaginar modelo paralelo ao inquérito policial — sem a aparente pretensão de lhe substituir — sem fiscalização do juiz (art. 5º, XXXV, Constituição Federal).

A emenda fica pior que o soneto: da atribuição funcional de exercer o “*controle externo da atividade policial*” (art. 129, VII, CF), tenta-se tomar para si a atividade de polícia investigativa, sem a contrapartida da fiscalização judicial, apanágio do Estado Democrático de Direito. E, claro, assim não se controla a atividade policial.

A figura do promotor-delegado fica nítida ao se imaginar que aquele que promove a ação penal de iniciativa pública (art. 2º, I) é quem agora instaura o procedimento de investigação (atribuição que o Código de Processo Penal diz ser do delegado de Polícia — artigos 4º e seguintes —, estendida agora ao promotor: arts. 2º, II; e 3º, da Resolução). Por ser assim, ➔

ao tempo em que se nega a distinção ontológica entre *investigar* e *acusar*, resvala-se no risco de inaplicabilidade do art. 144, § 4º, da Constituição Federal, ao tratar da função da Polícia Judiciária.⁽³⁾

Não bastasse isso, a requisição de dados cadastrais (art. 6º, inciso III) provoca o Judiciário a, com firmeza, manifestar-se acerca da cláusula de reserva de jurisdição,⁽⁴⁾ ainda que já tenha havido manifestações esporádicas da Suprema Corte sobre o tema.⁽⁵⁾ Curioso é que a discussão encaminha para a constatação da indeclinabilidade da jurisdição como único meio de se alcançar adequada ponderação entre as seguranças jurídica e individual. Não custa lembrar: jurisdição que é indelegável.

Assim vistas as coisas, em primeira análise, melhor seria que o artigo 17 da Resolução fosse coerente com as normas jurídicas contidas em cada um de seus enunciados e submetesse à Resolução a observância dos “direitos e garantias individuais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil”. Afinal, assim vistos estes aspectos, não se pode prometer observância às previsões constitucionais.

Reconheça-se que é palpável a inversão: ao invés de a proteção constitucional pautar a proteção e a limitação do exercício dos direitos fundamentais, está-se diante do oposto. Do texto se percebe, num lado, tentação autoritária sob o ponto de vista do Direito Processual Penal e Constitucional e, por outro, certo descuido: depois de quase 20 anos, faz-se de conta que 1988 foi um ano que não existiu.

2. Da matéria à forma

Como se antevê pelo respeito à argumentação pública que virá em torno

do tema, e na presunção de constitucionalidade das leis⁽⁶⁾ sob o aspecto material,⁽⁷⁾ constata-se que o campo legislativo para a disciplina em comento é o da lei formal federal (art. 22, incisos I e XVII, CF), ressalvada a delegação da União para a legislação estadual, o que não ocorreu.

Por mais que se tente, o campo normativo abrangido pela citada Resolução não é o do *procedimento em matéria processual*, a rigor do artigo 24, inciso XI, sempre da Constituição Federal.⁽⁸⁾

E, ainda que fosse, só para argumentar: formalmente ainda se estaria no campo da reserva de lei em sentido formal, como noticiam manuais de Direito Constitucional em atenção às citadas normas de competência legislativa (art. 22, incisos I e XVII). Com sobras de razão e cautela, a matéria, afeta ao Ministério Público, nem poderia ser objeto de medida provisória (art. 62, § 1º, “c”, Constituição Federal), nem muito menos disciplinada por órgão que a própria Resolução, por lapso, tomou por “órgão da Administração Pública”, como ressaí do artigo 1º, parágrafo único, ao tratar de eventuais “outros” órgãos que ostentem essa natureza jurídica.

O Direito Constitucional, na forma e na matéria, anima o Direito Processual Penal. Ainda que se resguarde cada campo específico de previsões dentro do sistema jurídico, o fato é que do Poder Constituinte veio balizamento definitivo para a elaboração de atos normativos a reger a conduta humana. Particularmente: a garantia e a delimitação do exercício dos direitos fundamentais, ponto capital do Direito Constitucional, delineador de fundamental interesse público e jurídico.

3. Conclusão

Estampa-se a crença de que a Constituição é a medida e o limite do exercício dos direitos fundamentais, e a ela se curvam os atos normativos, ainda que sob a roupagem de Resolução. O inverso não se admite, pois as leis se interpretam em função da Constituição. Que venha a sentença, a ser proferida pela Jurisdição Constitucional brasileira. ◉

Notas

- (1) Lembrança de **Aliomar Baleeiro** e seu *O Supremo Tribunal Federal, esse Outro Desconhecido*, Forense, 1968. Na obra, o então ministro do Supremo Tribunal Federal tratou da evolução histórica da Suprema Corte, agora, provoca reflexão sobre o problema posto e sua dimensão constitucional.
- (2) Inquérito 1968, rel. min. **Marco Aurélio**.
- (3) O que nem se sustenta, haja vista o quanto caminhou a teoria constitucional. Por todos, no Brasil: **SILVA, José Afonso da**. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed., Malheiros, 2002, p. 262.
- (4) No conceito: **Paulo Castro Rangel**, *Reserva de Jurisdição – Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*, Universidade Católica Editora: Porto, 1997.
- (5) MS nº 21.729-4; MS nº 23.851; RE nº 215.301.; MS nº 23.652/DF; MS nº 23.452/RJ.
- (6) **SILVA, Virgílio Afonso da**. “Interpretação Conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial”, *Revista Direito FGV*, v. 2, nº 1, jan/jun 2006, pp. 191/210.
- (7) **CLÈVE, Clémerson Merlin**. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 2000, pp. 189/96. Ver: **FERNANDES, Antonio Scaranice**. *Teoria Geral do Procedimento e O Procedimento no Processo Penal*, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 23/35.

Renato Stanzola Vieira

Advogado e mestre em

Direito Constitucional pela PUC/SP

CURSOS E EVENTOS

OS NOVOS CAMINHOS DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS

Dias 23 e 24 de novembro de 2006

Realização: IBCCRIM, OAB de Sorocaba, Faculdade de Direito de Sorocaba - FADI e Delegacia Seccional de Polícia de Sorocaba.

Local: Faculdade de Direito de Sorocaba.

Dia 23.11 - Paulo Sérgio de Oliveira (*Direito Penal de Emergência*) - Alamiro Velludo Salvador Netto (*Drogas*)

Dia 24.11 - Édson Luis Baldan (*Devida Investigação Criminal*) - Roberto Ferreira da Silva (*Inquérito Policial e Constituição*)

Inscrições/informações: (15) 3232-2975, (15) 3228-6652 e (15) 3217-9091.

Inscrições Gratuitas!

XI TRÍDUO JURÍDICO DO CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DO AMAPÁ - CEAP

De 6 a 8 de Dezembro de 2006
Local: Teatro das Bacabeiras
 Av. Cândido Mendes - Centro - Macapá/AP
Programa em fase de elaboração

Mesa de Estudos e Debates: JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS AGRÁRIOS NO BRASIL

Dia 28 de novembro de 2006 as 10h00

Debatedor: João Paulo Rodrigues (integrante da coordenação nacional do MST)

Apresentação da pesquisa:

Eneida Haddad, Frederico Almeida e Jacqueline Sinhoretto

(Núcleo de Pesquisas IBCCRIM)

Mediador: Juvelino Strozake (RENAP)

Auditório do IBCCRIM

Rua XI de Agosto, 52 - 2º andar - Centro - São Paulo/SP
 Informações e inscrições : (11) 3105-4607 - ramal 153

Vagas Limitadas!

ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E A LEI DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO (LEI Nº 7.492/86)

Fernanda Regina Vilares

Fernanda Regina Vilares

É inegável a relevância das entidades de previdência complementar na atual conjuntura da sociedade brasileira, sobretudo após a Emenda Constitucional nº 41/2003, que levou a cabo a reforma na previdência dos servidores públicos.

Elas são responsáveis pela captação e administração dos recursos de seus associados para que estes, no futuro, venham a receber benefícios previdenciários complementares àqueles a que já têm direito em virtude do regime jurídico a que estão submetidos, seja ele celetista ou estatutário.

Nos termos da Lei Complementar nº 109/2001, as entidades de previdência complementar podem ser abertas ou fechadas. As primeiras são sociedades anônimas, e seus benefícios podem ser desfrutados por qualquer pessoa que venha a aderir aos planos disponibilizados.⁽¹⁾ Já as últimas são acessíveis apenas a um determinado grupo de empregados ou servidores, relacionados aos patrocinadores (empresas, grupos empresariais ou entes da Federação) ou instituidores (pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial). Por essa razão, referido diploma legal determina que as entidades fechadas devem se organizar apenas sob a forma de fundação ou sociedade simples, sem fins lucrativos.⁽²⁾

Independentemente da forma de organização da entidade de previdência complementar, é certo que os trabalhadores do país depositam nelas não apenas suas economias, almejando obter uma renda complementar no futuro, mas também sua confiança, acreditando na lisura da gestão dos valores. Assim, é imperioso que a gestão dos recursos captados seja efetuada da forma mais escorreita possível, atentando-se principalmente para a transparência, para não frustrar as expectativas dos contribuintes e beneficiários.

Todavia, há que se considerar a hipótese dessa expectativa ser quebrada, de maneira a deixar desamparados trabalhadores que pouparam seus ganhos com vistas a garantir o futuro. Nesse caso, o impacto socioeconômico é tamanho que não pode ser desprezado pelo Direito Penal.

No que tange às entidades abertas, a solução emerge com facilidade. Quando uma conduta perpetrada por um administrador de uma dessas entidades atingir o bem jurídico “Sistema Financeiro”,

poderá ser punida com o devido enquadramento nos tipos previstos na Lei nº 7.492/86, aplicáveis às instituições financeiras. Isso porque a entidade aberta de previdência complementar encaixa-se sem dificuldade no conceito utilizado pela Lei nº 4.595/64, que exige que as instituições financeiras sejam constituídas sob a forma de sociedades anônimas.⁽³⁾ Destarte, se os recursos são administrados de forma escusa, se são utilizadas manobras ilícitas na condução dos negócios, serão cominadas as penas previstas no artigo 4º da Lei nº 7.492/86, que pune a gestão fraudulenta das instituições em tela.

Em face disso, surge a questão: esses crimes contra o Sistema Financeiro também podem incidir no que concerne às entidades fechadas de previdência complementar?

A indagação é complexa. Não há dúvidas de que condutas ilícitas e manobras ardilosas dos administradores das entidades fechadas podem lesar os investidores e atingir o sistema financeiro de forma tão ou mais grave do que aquelas praticadas no âmbito das entidades abertas. Todavia, um obstáculo se impõe: as entidades fechadas são sociedades simples ou fundações, e não sociedades anônimas.

Para solucionar esse problema e proporcionar a devida segurança aos trabalhadores que depositam sua confiança e economias nas entidades de previdência complementar, devemos recorrer ao conceito de instituições financeiras utilizado pela Lei nº 7.492/86:

“Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou a aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão e distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo Único: Equipara-se à instituição financeira:

I – A pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recurso de terceiros;

II – a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.”

Importantes conclusões podem ser extraídas desse dispositivo legal.

Em primeiro lugar, está claro que a lei não faz qualquer menção à forma de organização da instituição financeira. Pelo contrário, admite como figura equiparada até mesmo as pessoas naturais que exercem atividades próprias dessas instituições. Ora, é patente que pessoas naturais não são sociedades anônimas, de maneira que se elas são equiparadas a instituições financeiras para os fins da Lei nº 7.492/86, com mais razão devem ser as sociedades simples e as fundações.

Neste ponto é relevante destacar que o conceito trazido pelo diploma legal em apreço tem em vista definir instituições financeiras no âmbito do Direito Penal, pouco importando o conceito imposto nos demais campos do direito. Nesse sentido, afirma **José Frederico Marques**:

“Ora, se a lei define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, daí se segue que para fins da lei, isto é, para fins penais, Instituição Financeira será tão-só aquela que se enquadrar na conceitualização contida no citado art. 1º, da Lei nº 7.492, de 1986.”⁽⁴⁾

Com efeito, é esclarecedora a analogia com o conceito de funcionário público do art. 327 do Código Penal. É notório que funcionário público no direito administrativo é um conceito restrito que usualmente se refere apenas aos detentores de cargos públicos. Contudo, o art. 327 do Código Penal alargou o conceito para fins penais, equiparando a eles, por exemplo, pessoas que exercem funções públicas de forma transitória como os jurados. Assim, é totalmente possível que uma lei penal defina um instituto de maneira diversa que uma lei de outro ramo jurídico.

Posto isto, cumpre ressaltar, ainda, que a atividade realizada pelas entidades fechadas é indubitavelmente típica de instituição financeira, nos termos do *caput* do art. 1º da lei em tela. Elas captam recursos de terceiros e os administram, aplicando-os de modo a possibilitar o futuro pagamento dos benefícios previdenciários almejados. Não obstante, o inciso I do referido preceito equipara às instituições financeiras as pessoas jurídicas que captam ou administram seguros, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recurso de terceiros, evidenciando ainda mais a natureza de instituição financeira

das entidades fechadas de previdência complementar em virtude da atividade que exercem.

O fato de não possuírem fins lucrativos também não pode ser um impedimento para sua classificação como instituição financeira para fins penais, uma vez que a finalidade lucrativa não é elemento do conceito desenhado na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro. Além disso, a finalidade não lucrativa não autoriza a administração livre, irresponsável e de má-fé das entidades, sendo necessária uma intervenção do Direito Penal em face da importância dos bens jurídicos envolvidos.

Nesse sentido já decidiu a Sexta Turma do STJ, estabelecendo que as entidades fechadas de previdência complementar são equiparadas a instituições financeiras para fins de incidência do crime de gestão fraudulenta, como se extrai da ementa a seguir:

“Habeas corpus. *Direito Penal e Direito Processual Penal. Entidade fechada de previdência privada. Equiparação a instituição financeira. Gestão fraudulenta. Crime contra o Sistema Financeiro. Competência da Justiça Federal. Conexão. Artigo 78, inciso II, alínea ‘a’, do Código de Processo Penal. Local da sede. Ilegitimidade passiva. Inocorrência*”.⁽⁵⁾

Diante de todo o exposto, é imperiosa a conclusão de que eventual gestão fraudulenta dos recursos depositados em uma entidade fechada não ficará impune. O bem jurídico atingido por tal conduta é o mesmo que a Lei nº 7.492/86 quis proteger, em nada afetando a forma jurídica da instituição envolvida. Assim, os delitos nela previstos, especialmente o art. 4º, são aplicáveis às manobras ilícitas levadas a efeito pelos administradores das entidades fechadas de previdência complementar, proporcionando maior segurança e concretizando a justiça em favor de seus associados. ●

Notas

- (1) Art. 36 da LC nº 109/2001.
- (2) Art. 31 da LC nº 109/2001.
- (3) Art. 25 da Lei nº 4.595/64.
- (4) *Parcerias*, São Paulo: Editora AASP, 1993, p. 76.
- (5) STJ, HC nº 26.288/SP, relator ministro **Hamilton Carvalhido**, Sexta Turma, DJ 11.04.2005, p. 385.

Fernanda Regina Vilares
Advogada da União

PALESTRAS DO 12º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

Informamos que já estão disponíveis para os associados os vídeos das palestras apresentadas no **12º Seminário Internacional**, que poderão ser emprestados gratuitamente. Mais informações, entre em contato por email (biblioteca@ibccrim.org.br) ou pelo telefone (11) 3105-4607, ramal 146. Veja abaixo a lista dos vídeos disponíveis:

- **ALVES, Rubem.** *Sensibilidade no Julgar*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **AMBOS, Kai.** *Problemas Atuais da Justiça Penal Internacional*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **APONTE, Alejandro.** *Direito Penal do Inimigo e Luta Contra o Terrorismo: Uma Visão Crítica*. São Paulo: IBCCRIM, 2006. Palestra apresentada em espanhol - 1 DVD
- **ARROYO ZAPATERO, Luis.** *Violência de Gênero e Direito Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006. Palestra apresentada em espanhol - 1 DVD
- **BALDAN, Édson Luís; SAAD, Marta.** *O Direito de Defesa no Inquérito Policial*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **BASTOS, Marcio Thomaz.** *Sessão de abertura do 12º Seminário Internacional*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **BECHARA, Erika; PONTES JÚNIOR, Felício.** *Meio Ambiente e Tutela Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **BIERRENBACH, Flavio Flores da Cunha; ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues.** *A Nova Competência Criminal da Justiça Militar*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FURUKAWA, Nagashi.** *Administrativização ou Jurisdicionalização da Execução Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **D'ÁVILA, Fábio Roberto; TAVARES, Juarez.** *O Espaço do Direito Penal no Século XXI*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **DIAS NETO, Theodomiro; VILARDI, Celso Sanchez.** *Crimes Financeiros: 20 Anos da Lei 7.492/86*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **DIAS, Maria Berenice; ESPINOZA MAVILA, Olga.** *Violência Contra Mulher e Sistema Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **FERNANDES, Antonio Scarance; RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc.** *Limites e Funções da Prisão Processual*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **FRANCO, Alberto Silva; PETREL-LUZZI, Marco Vinício.** *O Futuro da Lei dos Crimes Hediondos*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **GIANNELLA, Berenice Maria; VIDAL, Luis Fernando Camargo de Barros.** *Adolescentes Infratores e Políticas Públicas*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; FURTADO, Lucas Rocha.** *Corrupção*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy.** *Duração Razoável do Processo*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **MARTÍNEZ, Stella Maris.** *O Direito de Defesa Como Direito Humano Fundamental*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **MIR PUIG, Santiago.** *Limites do Normativismo no Direito Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006. Palestra apresentada em espanhol - 1 DVD
- **MUYLAERT, Eduardo; PENTEADO, Ricardo.** *Crimes Eleitorais*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **NIÑO ALZUETA, Luis Fernando.** *A Desconstrução do Direito Penal das Garantias*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **NUCCI, Guilherme de Souza; CARVALHO, Mario Cesar.** *Interceptação Telefônica e Liberdade de Imprensa*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **NUNES, Adeildo; SÁ, Alvinho Augusto de.** *As Facções Criminosas e seus Desafios para a Execução Penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de; CARDOZO, José Eduardo Martins.** *CPI*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **OLIVEIRA, Luciano; BRETAS, Marcos Luiz; PONCIONI, Paula.** *Painel de Pesquisas - Atuação Policial nos Pequenos Conflitos*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **PEGORARO, Juan S.; ADORNO, Sérgio.** *Criminologia, Neoliberalismo e Controle Punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **PELUSO, Antonio Cezar; MENDES, Gilmar Ferreira.** *Garantias Constitucionais da Liberdade*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **PIRES, Álvaro Penna.** *O Que é Preciso Mudar Para Que o Direito Penal Possa Evoluir?*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **REGHELIN, Elisangela Melo; KARAM, Maria Lúcia.** *Drogas: Redução de Danos*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **SANTOS, Boaventura de Sousa.** *Os Direitos Humanos na Zona de Contato entre Três Globalizações*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 1 DVD
- **SHECAIRA, Sérgio Salomão; SALES, Sheila Jorge Selim de.** *Dolo Eventual nos Crimes de Trânsito - Homenagem ao Dr. Geraldo Pinheiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs
- **TORON, Alberto Zacharias; MARONNA, Cristiano Ávila; PASCHOAL, Janaina Conceição; KARAM, Maria Lúcia.** *Audiência Pública - A Nova Lei de Drogas*. São Paulo: IBCCRIM, 2006 - 2 DVDs

Nas diversas localidades em que os sinos de algumas igrejas tocam para marcar eventos especiais na vida dos moradores da região, muitas pessoas não conseguem ouvir o som metálico. O excesso de trabalho e as preocupações impedem-nas de perceber a vibração. Momentos de sossego e paz de espírito, entretanto, permitem aos atarefados ouvir o som e decifrar suas mensagens.

Situação similar parece alcançar os profissionais que tratam das penas alternativas, tema ligado ao Direito Penal, Processual Penal e à Execução Penal. É possível supor que os múltiplos papéis e as preocupações comuns dos juizes, advogados e promotores de Justiça, envolvidos na apuração de crimes e execução de penas, impeçam-lhes de entender a dinâmica das penas alternativas.

Apesar das normas legais e constitucionais regulamentadoras das penas alternativas, esta modalidade de sanção desperta em muitos profissionais encarregados de aplicá-la interesse semelhante àquele produzido pelo som dos sinos nos ouvidos das pessoas ocupadas, ou seja, são inaudíveis e suas mensagens incógnitas, exceto quando o receptor esteja sintonizado.

O Relatório Final da Pesquisa Nacional de Penas Alternativas/Ilanud e Ministério da Justiça deve ser conhecido pelos profissionais da área da execução penal, e também por aqueles envolvidos com as medidas alternativas autorizadas pela Lei nº 9.099/1995, não incluídas na pesquisa.

Os resultados da pesquisa permitem observar fatores estruturais e circunstanciais importantes para a execução das penas alternativas.

Fatores estruturais, como a possibilidade de o sistema de penas alternativas esvaziar prisões, reduzir taxas de reincidência, ter custo inferior à prisão e exigir alterações legislativas não serão objeto desta análise. A visão lançada sobre o relatório abordará somente as “boas práticas”, ou seja, os procedimentos ou rotinas que a pesquisa constatou em diversas Varas de Execução potencialmente aproveitáveis em outros pontos do país, se implantadas com respeito às peculiaridades locais.

Este comentário abrangerá algumas dessas práticas, sem apontar as localidades nas quais foram implementadas, visando estimular a leitura do relatório.

A Pesquisa Nacional de Penas Alternativas, realizada entre dezembro de 2004 e janeiro de 2006, pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delin-

quente (Ilanud/Brasil), em convênio com o Ministério da Justiça, fez estudos quantitativos e qualitativos para conhecer a aplicação das penas restritivas de direito decretadas pela Justiça Estadual em Belém, Belo Horizonte, Campo Grande, Curitiba, Fortaleza, Porto Alegre, Recife, Salvador e São Paulo, além do Distrito Federal.

O relatório mostrou maior eficácia do sistema de penas alternativas nas cidades em que o Poder Judiciário implantou Vara de Execução de Penas Alternativas. Essa providência exige a criação de cargos, inclusive da área psicossocial, além do repasse de verbas para que a unidade jurisdicional mantenha independência.

Ao trabalhar com a execução das penas alternativas, o juiz de Direito, o promotor de Justiça e o advogado, sem falar dos assistentes sociais e psicólogos, deverão desenvolver percepção e tolerância, especialmente para atender os casos mais difíceis. Muitas vezes, essas habilidades serão decisivas para impulsionar pessoas a cumprir integralmente a pena, as quais, sob orientação rigorosa e inflexível, simplesmente abandonariam o cumprimento e sofreriam conseqüências formais. Surgem situações inusitadas durante a execução da pena alternativa. Em razão do tempo transcorrido entre a condenação e o início do cumprimento, ou mesmo durante a execução, algumas pessoas alteram endereço, estado civil, aumentam ou reduzem as famílias, trocam de ocupação profissional, local de trabalho ou de estudo. A comprovação desses incidentes exige soluções construídas para cada caso e alcançadas sem desgaste e de modo econômico de tempo mediante adoção de posturas participativas e integradas entre os profissionais encarregados da execução da pena.

O quadro dos funcionários da Vara Judicial, do Ministério Público, da Defensoria Pública e das entidades que tratam do cumprimento da pena deverá ser formado por profissionais remunerados e capacitados para atender aos casos de rotina, e colher informações necessárias para a apreciação de questões mais complexas. Enfim, esses funcionários devem contribuir decisivamente para o cumprimento da pena.

A designação da audiência de advertência, na qual deverão apresentar-se o juiz, o promotor de Justiça e o advogado, além dos técnicos do setor psicossocial, serve como marco do encaminhamento da pessoa para o início do cumprimento da pena. Esse é o momento em que os profissionais podem evidenciar o senso de responsabilidade da pessoa apresenta-

da e transmitir breve notícia da obrigação a cumprir.

A remição pelo estudo e o encaminhamento dos dependentes químicos a entidades de tratamento são práticas positivas. A primeira delas integra ou busca reproximar a pessoa em cumprimento de pena à escola, ao mesmo tempo em que poderá reduzir a duração da sanção. A segunda possibilita ao encaminhado e aos seus familiares alterar comportamentos em relação ao consumo abusivo das drogas lícitas ou ilícitas.

O curto espaço de tempo entre o trânsito em julgado da decisão e a execução da pena alternativa estimula o seu efetivo cumprimento. A demora no início da pena produz sensação de impunidade e gera ansiedade daquele que deverá cumpri-la.

A participação da comunidade é importante para compor e manter a rede social que contribuirá na execução e fiscalização das penas alternativas, em especial, a prestação de serviços à comunidade e a limitação de final de semana. Não há como cumprir essas modalidades de penas sem o apoio de hospitais, escolas, entidades assistenciais e repartições públicas. Também é importante a proximidade física entre esses locais e o domicílio daquele que cumprirá a pena, para facilitar o transporte e estimular o cumprimento da pena.

O sistema tratado pelo relatório como “bipartido” é empregado em Varas Judiciais que compartilham a execução e fiscalização da pena alternativa com órgãos e entidades, normalmente, ligados ao Poder Executivo, os quais se responsabilizam pelo acompanhamento do cumprimento, comunicando ao juiz, periodicamente, as ocorrências surgidas (término, abandono, mudança de dia, local ou horário de cumprimento etc.). Embora esse modelo possa resultar em aumento do tempo para o início da execução da pena e redução da fiscalização, é versátil e permite o engajamento de outros órgãos públicos e da comunidade na execução da pena, além de alcançar maior número de casos.

O Relatório da Pesquisa Nacional de Penas Alternativas deverá contribuir para a discussão e reflexão sobre o sistema de penas alternativas, além de auxiliar os profissionais dessa área dispostos a enfrentar mudanças necessárias.

Para isso ocorrer, “vamos ouvir os sinos!”.

Mário Sérgio Sobrinho

Promotor de Justiça, mestre e doutorando em Processo Penal (USP)

O PORTE DE ENTORPECENTES DEIXOU DE SER UMA INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Aldo de Campos Costa

Ao excluir a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade e cominar sanções como “advertência sobre os efeitos das drogas”, “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” e prestação de serviços à comunidade àquele que adquirir guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a Lei nº 11.343, sancionada no dia 23 de setembro próximo passado pelo Presidente da República, ao contrário de avançar na diferenciação no tratamento legal conferido a usuários e traficantes, acabou retrocedendo nos progressos até então alcançados no enfrentamento do problema.

Por não se tratar de contravenção penal nem de crime a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, atrelada ou não a uma multa, a conduta prevista no artigo 28 da nova Lei Antitóxicos — análoga àquela descrita no artigo 16 da revogada Lei nº 6.368/76 — deixou de ser considerada uma infração de menor potencial ofensivo.

A nova formatação do crime de porte de entorpecentes, por incrível que pareça, impede até mesmo a proposta e a aplicação de institutos despenalizadores como a transação penal e a suspensão condicional do processo, na contramão de todos os princípios que parecem ter norteado a elaboração da nova lei.

Essa incoerência ocorre porque nem a “advertência sobre os efeitos das drogas” e a “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”, sanções atribuídas para os infratores do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, encontram-se previstas em nosso sistema punitivo como espécies de pena, e a prestação de serviços à comunidade, por sua vez, de acordo com o Código Penal, só pode ser utilizada para substituir penas privativas de liberdade — que o legislador fez questão de eliminar quando da elaboração do novo diploma — e, como se não bastasse, apenas nas hipóteses estabelecidas no artigo 44 daquele estatuto.

Nem mesmo a adoção do procedimento sumaríssimo previsto na Lei nº 9.099/95 para o processamento e julgamento dos crimes de porte de entorpecentes, fixada no § 1º do artigo 48 da nova Lei Antitóxicos permite a formulação de proposta de transação penal pelo Ministério Público nesses casos. Em nosso prisma, esse benefício só seria aplicável se a infração não ultrapassasse o limite

legal de 2 (dois) anos de pena máxima cominada em abstrato. As sanções atribuídas ao artigo 28 da Lei nº 11.343/06, entretanto, sequer dispõem de balizas que determinem o cumprimento de seu prazo mínimo de duração.

Ademais, o objetivo da transação penal é justamente o de se evitar a imposição da pena prevista para o tipo penal. Não faria sentido, portanto, permitir que o autor do fato transacionasse para que, ao final, lhe fosse aplicada a mesma sanção que poderia lhe ter sido imposta caso recusasse a aceitação do benefício. Por essas razões, a disposição contida no § 5º do artigo 48 da nova Lei Antitóxicos, além de inócua, causa perplexidade, e é, de toda forma, inconstitucional.

Careceria de sustentação também a afirmação de que o crime de porte de entorpecentes é uma infração de menor potencial ofensivo porque o § 6º do mesmo dispositivo prevê a aplicação de multa para “garantia do cumprimento” das sanções referidas no tipo secundário do artigo 28 — o que deslocaria a competência para o processo e julgamento do crime de porte de entorpecentes para os Juizados Especiais Criminais.

A multa prevista no § 6º do artigo 48 da Lei nº 11.343/06 não tem natureza jurídica de sanção penal. É, ao revés, uma medida de caráter civil, um mecanismo de coerção patrimonial imposto ao executado, no sentido de induzi-lo ao cumprimento de uma ordem judicial, que visa, em última instância, preservar a dignidade da Justiça.

O Direito Processual Penal brasileiro, além do mais, não admite que o descumprimento de uma sentença penal seja “garantido” pela cominação de uma medida à semelhança da *astreinte* francesa, da *Zwangsgeld* alemã ou do *contempt of court*, previsto no Direito americano, em função da ausência de previsão legal para tanto.

Depreende-se de todo o exposto, por conseguinte, que a natureza jurídica das sanções atribuídas ao crime de porte de entorpecentes não prestigia a opção de enquadrar a conduta descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 como sendo de menor potencial ofensivo, conforme inicialmente pretendido pelo legislador, razão pela qual o seu processo e julgamento seguramente serão de atribuição da justiça comum.

Isso é claro, se a flagrante inconstitucionalidade do dispositivo não for declarada antes por nossos tribunais. ●

Aldo de Campos Costa

Advogado e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Aldo de Campos Costa



IBCCRIM

INSTITUTO BRASILEIRO
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2005/2006

COORDENADORES ESTADUAIS:

■ **ACRE**

• Maria de Salette da Costa Maia -
cestadual.ac1@ibccrim.org.br

■ **AMAPÁ**

• João Guilherme Lages Mendes -
cestadual.ap1@ibccrim.org.br

■ **AMAZONAS**

• Ana Beatriz Baraúna Lopes -
cestadual.am1@ibccrim.org.br
• Fabioli Monteconrado Ghidalevich -
cestadual.am2@ibccrim.org.br

■ **BAHIA**

• Elmir Duclerc -cestadual.ba1@ibccrim.org.br
• Selma P. de Santana -cestadual.ba2@ibccrim.org.br

■ **CEARÁ**

• Fernando Luiz Ximenes Rocha -
cestadual.ce1@ibccrim.org.br
• Francisco Sales Neto -fsalesneto@uol.com.br
• Patrícia de Sá Leitão e Leão - patriciasaleitao@ig.com.br

■ **DISTRITO FEDERAL**

• Carmen da Costa Barros -cestadual.df1@ibccrim.org.br
• Marta Saad -cestadual.df2@ibccrim.org.br

■ **GOIÁS**

• Franciele Silva Cardoso -cestadual.go1@ibccrim.org.br

■ **MARANHÃO**

• Themis Maria Pachêco de Carvalho -
cestadual.ma1@ibccrim.org.br

■ **MINAS GERAIS**

• Liliane Cristina de Oliveira -cestadual.mg1@ibccrim.org.br
• Marcelo Leonardo -cestadual.mg2@ibccrim.org.br

■ **PARÁ**

• Edmundo Oliveira -cestadual.pa1@ibccrim.org.br

■ **PARAÍBA**

• Felipe Augusto Forte Negreiros Deodato -
cestadual.pb1@ibccrim.org.br
• Guilherme Costa Câmara -cestadual.pb3@ibccrim.org.br
• Oswaldo Trigueiro Filho -cestadual.pb2@ibccrim.org.br

■ **PARANÁ**

• Adelino Marcon -adelino.marcon@terra.com.br
• Mauricio Kuehne -cestadual.pr1@ibccrim.org.br
• Walter B. Bittar -walter@advocaciabittar.adv.br

■ **PERNAMBUCO**

• Aedeildo Nunes -cestadual.pe3@ibccrim.org.br
• Flavio Augusto F. de Lima -cestadual.pe2@ibccrim.org.br
• Nilzardo Carneiro Leão -cestadual.pe1@ibccrim.org.br

■ **MATO GROSSO DO SUL**

• Fabio Trad -cestadual.ms1@ibccrim.org.br

■ **RIO DE JANEIRO**

• Maria Lúcia Karam -cestadual.rj1@ibccrim.org.br

■ **RIO GRANDE DO SUL**

• Fabio Roberto D'Ávila -cestadual.rs1@ibccrim.org.br
• Luiz Antônio Bogo Chies -cestadual.rs3@ibccrim.org.br
• Paulo Vinicius Sporleder de Souza -
cestadual.rs2@ibccrim.org.br

■ **RIO GRANDE DO NORTE**

• Lena Rocha -cestadual.rn1@ibccrim.org.br

■ **RONDÔNIA**

• Pedro Colaneri Abi Eçab -pedroabiecab@hotmail.com

■ **SANTA CATARINA**

• Felipe Cardoso Moreira de Oliveira -
cestadual.sc1@ibccrim.org.br

■ **SÃO PAULO (BAIXADA SANTISTA)**

• Vinicius Toledo Piza Peluso -cestadual.sp1@ibccrim.org.br

■ **SERGIPE**

• Daniela Carvalho Almeida da Costa -
cestadual.se1@ibccrim.org.br

Entre em contato com o coordenador de seu Estado para celebração de convênios, propôr e divulgar cursos, enviar artigos e se informar. **Participe!**

O PORTE DE ENTORPECENTES DEIXOU DE SER UMA INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

“La gran contradicción surge al razonar que resulta inútil preparar para la libertad al hombre en un ambiente hermético, opresor y agresivo.”
García Valdéz

O RDD, com fins retributivo e inocuidador, é o retrato da própria confusão e decadência do sistema prisional. Apenas tais fins podem pretender que a manutenção de um indivíduo por 360 ou 720 dias, ou até 1/6 da pena (e há penas bastante altas) em condições de um isolamento similar ao das primeiras penitenciárias (sistema filadélfico) possa trazer algum benefício, tanto ao preso e à sociedade, na medida em que, em algum dia, este preso retornará ao convívio social. Por essas mesmas razões, a Penologia demonstra, através da história, a superação do modelo filadélfico (estrito e absoluto isolamento e silêncio). Esse modelo proporcionou um alto número de suicídios, forçando a mudança de modelo para o sistema auburniano (com a introdução do trabalho, ainda que forçado, em regime coletivo, permitido o contato, portanto, e conversas em baixo tom de voz, com permissão do carcereiro). Posteriormente, surgiu o modelo progressivo australiano, o qual foi adotado pelo nosso CP de 1940, e aprimorado pela Lei de Execuções Penais em 1984. Segundo este último sistema, o preso que apresentasse bom comportamento receberia como prêmio o contato, gradativo, com o mundo externo, até sua total reinserção no seio da sociedade, pois seria uma irresponsabilidade do Estado permitir que o sujeito retornasse à liberdade subitamente. É injustificável o retrocesso a um modelo fortemente assemelhado ao mais primitivo de todos, ou seja, o filadélfico, cujas consequências desastrosas a própria história conhece. A Lei Federal nº 10.792/03, que alterou o CPP e a LEP é o canto de sereia que terminou em pesadelo. O Direito Penal, indubitavelmente, possui conteúdo simbólico ao transmitir os valores vigentes em um determinado contexto histórico. Ao castigar, realiza a transmissão de mensagens preventivas gerais negativas, ou seja, de intimidação, o que apesar de não ser passível de quantificação, possui validade empírica no sentido criminológico, ou seja, como metodologia própria das ciências humanas e não-naturais. Quando referimos que o conteúdo do mais recente pseudo Direito Penal é “meramente” simbólico pretendemos dizer que a norma por ele sustentada não possui objetividade jurídica, ou seja, é vazia de conteúdo real e jurídico-penal e, por isto mesmo, torna-se inconstitucional. O mero efeito simbólico serve, aqui, para aliviar o

sentimento de insegurança pública, através do efeito ilusório gerado, bem como para aliviar necessidades psicossociais, já que é da natureza humana desejar ver no castigo alheio um bálsamo para seus próprios sentimentos de culpa, e também como um freio a certos impulsos delitivos. Por isso, o sentimento de insegurança pública não é passível de ser mensurado nem pode servir como parâmetro para o legislador, pois inúmeras vezes o sentimento de temor relaciona-se juntamente em relação a situações nas quais, estatisticamente, o risco de ser vitimizado é baixo.

Mesmo com a confusão que o RDD faz em relação a aspectos jurisdicionais, administrativizando parte do *jus puniendi*, seu conteúdo deveria fundamentar-se na Constituição, fazendo-se a leitura da norma infraconstitucional à luz da norma constitucional, de acordo com o propalado Princípio da Supremacia Imanente, regente de nosso sistema jurídico. Mas os princípios foram todos agredidos. O princípio da legalidade, espinha dorsal de qualquer Código Penal contemporâneo e democrático, muito antes de **Feuerbach**, já traduzia um sentimento de necessidade e de justiça no campo da execução penal. Uma lei que pune “fatos similares” sem defini-los expressamente, não pode ser aplicada. Por isso, tipos penais abertos ou em branco têm sido duramente criticados. Também merecedora de crítica a utilização da terminologia “organizações criminosas”, algo que até hoje não foi definido pelo legislador pátrio. Referir que um dos requisitos para o enquadramento do sujeito ao RDD depende de “fundadas suspeitas”, data vênica, também colide, frontalmente, com outro preceito constitucional, qual seja, a presunção de inocência. Outro fator que corrobora a violação à presunção de inocência é que um preso provisório (presumivelmente não culpado), como ocorre em alguns estados, esteja sujeito ao RDD. O “punir pelo risco em potencial”, sem atos concretos, também conduz, inexoravelmente, ao plano da punição pela cogitação, quando a prevenção geral se sobreporia ao princípio da culpabilidade e à prevenção especial, levando, sem escalas, ao Direito Penal de Autor. Do ponto de vista dos fins da pena, afirmamos a inexistência de qualquer objetivo ressocializador no RDD ou outro fim preventivo, exceto o preventivo especial negativo (inocuidação ou aniquilamento do indivíduo), e de mera retribuição, dentro do que proporia **Aristóteles** ou **Kant**, na superada Teoria Absoluta da Pena, já revogada pelas Teorias da Prevenção e pela Teoria da União (misto de retribuição e prevenção). **Roxin** traz a necessida-

de de que a norma, para que exista, não seja apenas legal, mas legítima, ou seja, que traga conteúdos de política criminal, sem o quê o Direito Penal poderá ser utilizado como uma ferramenta vazia e de efeitos criminógenos, prejudicando, ademais, o próprio princípio da dignidade. A consequência prática disso é, no dizer do catadrático alemão **Günther Jakobs**, a existência de um Direito Penal para Cidadãos e de um Direito Penal para Inimigos. **Jakobs** parte da metáfora do contrato social individual (quando o contrato é social e presume a escalada da sociedade, como um ente coletivo, de um estágio de natureza para um outro, de autoridade, de Estado, de Direito). Não existe a possibilidade de duas sociedades simultâneas (cidadãos e inimigos): o contrato não é individual, ou seja, a Constituição (e o Direito) vale para todos e, de acordo com a metáfora do contrato, numa visão sociológica, só podem ser restringidos em casos excepcionais e justificadamente. Evidentemente há que se deixar de lado a igualdade formal e buscá-la em sentido material, tratando os desiguais na medida em que se desiguam, mas dentro de limites e garantias constitucionais, pois não vivemos em estado de natureza nem sustentamos o direito penal do inimigo. Mas lembremo-nos que todas essas circunstâncias concretas que rodeiam o delito e o sujeito são considerados na dosimetria penal. Exceto no caso de um novo delito, reconsiderá-las configuraria um famigerado *bis in idem*, um resquício do modelo inquisitorial. Diante disso, vemos que o conteúdo político criminal do RDD é praticamente nulo. Por quê ignorar que um preso em situação mental normal se deprime e que apenas os presos com alguma espécie de transtorno de personalidade transformam-se em líderes perigosos dentro do sistema penitenciário? Como ignorar que as inúmeras privações (especialmente o confinamento físico) são o principal estímulo a um grupo para organizar-se? Por quê a crença de que uma lei poderá resolver o problema, desta forma tão simples e flagrantemente inconstitucional? Indaguemos como o preso sairá da penitenciária. Não me refiro à reforma de valores internos, o que seria ilegítimo, mas ao seu comportamento (aspecto externo). Estas medidas facilitarão a saída em condições de convívio social? Ou esta ainda não é uma prioridade? ●

Elisangela Melo Reghelin

Delegada de Polícia no RS, mestre em Ciências Criminais (PUC/RS), doutoranda em Direito Penal e Criminologia (Sevilla) e ex-presidente do Conselho Estadual de Entorpecentes do Rio Grande do Sul

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – O “DIREITO PENAL DO INIMIGO” BRASILEIRO

Bruno Seligman de Menezes

Quando o tema é segurança pública — mormente em período eleitoral — torna-se praticamente impossível evitar os recorrentes temas penitenciários que tanto assombram especialistas e provocam reações de ódio no público leigo. O preso é visto como o expurgo social, aquele que não cabe e nem é aceito em “nosso” meio. E nesse âmbito sobra espaço para que ganhe força os ideais trazidos pelo Regime Disciplinar Diferenciado.

Implementado pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) representa a expressão máxima da prevalência da presença do Estado-autoritário nos presídios, em contraponto à ausência do Estado-social no “além-muros”. Quanto menos atua nos diversos setores típicos de sua função (a saber, segurança pública, saúde, educação), mais arrocha direitos, muitos deles de patamar constitucional, estabelecendo aquilo que **Salo de Carvalho** e **Alexandre Wunderlich** nominaram de Política Criminal do Terror.

Este Regime sustenta-se na falácia da defesa social, erigindo o apenado a “inimigo número um” da sociedade, pelo que mereceria tratamento desumano, degradante, instituído oficialmente pela anatematização da lei. Por meio de isolamento, limitação de visitas e diminuição dos horários de banhos de sol, o Estado “vinga” a sociedade de todos os problemas relacionados à criminalidade, segurança pública, incutindo nela — sociedade — um falso sentimento de segurança.

A prática de eleger um setor da sociedade como inimigos públicos, a quem devemos excluir de nosso meio, é tema que habitou as pautas das reuniões da Alemanha Nacional Socialista. O Nazismo tinha seus inimigos declarados. Judeus, ciganos, homossexuais, negros, todos eram eliminados em **defesa** da pureza da raça ariana. A defesa social foi utilizada ao longo da história para justificar os mais graves atos de barbárie perpetrados contra uma determinada coletividade. Assim foi com Hitler, como também está sendo com o grupo Al Qaeda, que busca atingir o ocidente para pretensamente proteger os interesses do Islã.

Günther Jakobs, sustentando o contratualismo hobbesiano, estrutura o seu Direito Penal do Inimigo partindo da premissa de que aquele que reiteradamente viola regras de condutas tuteladas penalmente, está “rescindindo” unilateralmente o seu contrato com o Estado. Assim, passa a ser um não-cidadão, a quem o Estado deixa de ter obrigações, como assegurar-lhe garan-

tias constitucionais, por exemplo. É, para o Estado, cidadão todo aquele indivíduo que não se desvia de regras básicas de condutas sociais. Resume, **Jakobs**, sua teoria, ao definir que o Direito Penal do Inimigo busca a eliminação de um perigo real e iminente.

A maior crítica desta teoria reside no fato de que ao se eleger um certo grupo de *inimigos*, o que, no nosso caso seriam aqueles detentos que venham praticar crime doloso durante o período de segregação, passamos a aplicar um direito penal do autor, revogando o Direito Penal do fato. Como mencionam **André Luís Callegari** e **Nereu José Giacomolli**, organizadores e tradutores da edição brasileira da obra de **Jakobs**, o Direito Penal do Inimigo é a demonstração de incompetência do Estado, ao reagir com irracionalidade, ao diferenciar o cidadão “normal” do “outro”. Isto porque, dizem com propriedade, a reação extraordinária afirma e fomenta a irracionalidade.

O que se está pretendendo fazer, desde a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado é colocar o preso como inimigo da sociedade. Assim, um Estado ausente na sua função de Estado-provedor se faz presente na função de Estado-ditador, Estado-tirano, Estado-autoritário, e restringe direitos e garantias constitucionais, porque não tem competência, ou vontade política, de desenvolver uma política de inclusão social, que busque assegurar ao preso a ressocialização, não dentro das masmorras, mas fora delas, assegurando-lhe um emprego, uma remuneração digna, assistência social, psicológica. Entretanto, política desta natureza não é de fácil implementação, não traz retorno eleitoral imediato. É necessário semear hoje para colher em dez, quinze anos. E esta paciência nossos governantes não têm. Até porque bradar em palanque o RDD dá mais votos do que trabalhar por uma sociedade mais justa, mais igualitária e mais inclusiva. ◉

Referências Bibliográficas

- CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre.** “O suplício de Tântalo: a Lei nº 10.792/03 e a consolidação da política criminal do terror”, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 11, nº 134, jan. 2004, p. 6.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio.** *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- WEIS, Carlos.** “O RDD e a lei”, *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 10, nº 123, fev. 2003, pp. 9-10.

Bruno Seligman de Menezes

Advogado criminalista e pós-graduando em Direito Penal Empresarial pela PUC/RS

Entidades que assinam o Boletim:

- **AMAZONAS**
 - Ministério Público do Amazonas
- **CEARÁ**
 - Associação Cearense de Magistrados
 - Associação Cearense do Ministério Público
- **DISTRITO FEDERAL**
 - Associação dos Magistrados do Distrito Federal e Territórios - Amagis/DF
- **ESPÍRITO SANTO**
 - Ministério Público do Estado do Espírito Santo
- **GOIÁS**
 - Associação dos Magistrados do Estado de Goiás - Asmeço
- **MARANHÃO**
 - Associação dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Maranhão - Adepol/MA
- **MATO GROSSO DO SUL**
 - Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS
 - Sindicato dos Defensores Públicos do Mato Grosso do Sul
- **MINAS GERAIS**
 - Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
 - Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDPF/MG
- **PARÁ**
 - Associação do Ministério Público do Estado do Pará
- **PARANÁ**
 - Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná
 - Ministério Público do Estado do Paraná
- **RIO DE JANEIRO**
 - Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - Fesudeperj
- **RIO GRANDE DO SUL**
 - Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS
- **SÃO PAULO**
 - Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo - ADPESP
 - Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal - Rg. SP - ADPF
 - Associação Paulista de Magistrados - Apamagis
 - Curso Anglo Triumphus - Sorocaba
 - Curso C.P.C.
 - Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

Editora Revista dos Tribunais

Lançamentos



em breve

Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, 6.ª edição

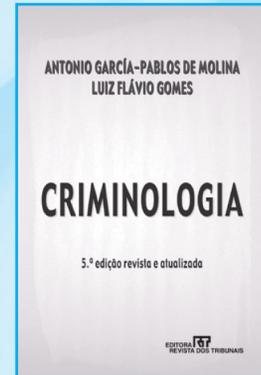
Arnaldo Rizzardo

768 páginas • cartonado

Criminologia, 5.ª edição

**Antonio García-Pablos de Molina
Luiz Flávio Gomes**

496 páginas • R\$84,00
brochura



Ética Geral e Profissional, 5.ª edição

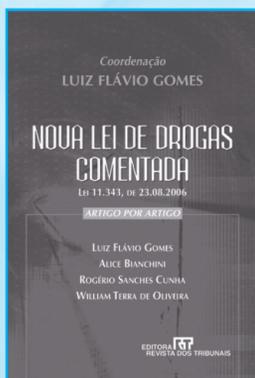
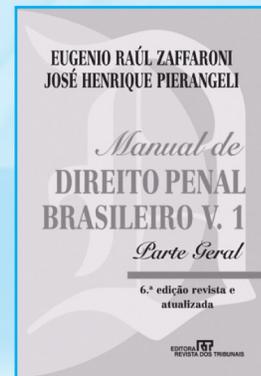
José Renato Nalini

524 páginas • R\$94,00
brochura

Manual de Direito Penal Brasileiro v. 1 – Parte geral, 6.ª edição

**Eugenio Raúl Zaffaroni
e José Henrique Pierangeli**

766 páginas • R\$129,00
capa flexível



Nova Lei de Drogas Comentada

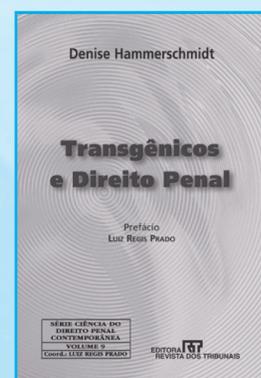
Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e William Terra de Oliveira

318 páginas • R\$59,00
brochura

Transgênicos e Direito Penal

Denise Hammerschmidt

318 páginas • R\$59,00
brochura



Adquira estas e outras obras na Livraria RT Virtual www.livrariart.com.br

**livraria
RT**

**EDITORA  REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br**