

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

SOBRE OLHARES E DIFERENÇAS

Em 1857, operárias têxteis da *Fábrica Cotton*, em Nova Iorque, organizaram uma greve em que reivindicavam a redução de sua jornada de trabalho para 10 horas diárias e o direito à licença maternidade. Forças policiais foram chamadas para reprimir o movimento, ocasionando a morte de 129 operárias queimadas ainda vivas, impiedosamente. Não há registro de punição dos culpados. Anualmente, a tragédia é relembrada mundo afora em 8 de março, consagrado como o Dia Internacional da Mulher⁽¹⁾.

Mais de 150 anos se passaram desde esse trágico episódio. Muitas coisas ocorreram a partir de então, várias delas bastante positivas para a proteção dos direitos da mulher. Todavia, a lembrança não apenas da data, mas, sobretudo, de sua origem, é, infelizmente, bastante oportuna também nos dias de hoje. Ainda agora, como sempre, o sistema formal de justiça não está preparado para sensibilizar-se perante a violência de gênero ou, pior ainda, sequer para compreender a importância de sensibilizar-se para esse tema. Ainda hoje advogados, magistrados, defensores públicos, legisladores, delegados de polícia, promotores e procuradores de justiça, por toda parte, em todas as instâncias, insistem em ver esses conflitos como de pouca dimensão e ínfimos, desincentivando as mulheres a buscarem o processo. Querem que elas desistam de invocar sua dignidade e de reclamar seus direitos e, enfim, que se cale por completo, mesmo quando – paradoxalmente no interior de relacionamentos afetivos – estão sendo seriamente agredidas e ameaçadas. Enquanto as transgressões patrimoniais, mesmo as mais ínfimas, ocupam e preocupam os homens e mulheres do fórum, as agressões à dignidade das mulheres são classificadas como pífias e insignificantes. Da mesma forma, administradores públicos não cumprem com suas obrigações que a lei desde há muito determina, deixando mulheres desabrigadas, sem qualquer assistência ou amparo, simplesmente porque elas invocaram seus direitos perante o próprio Estado.

Ademais, não percebemos que nossa incompreensão para com a defesa da dignidade feminina contra a violência de gênero é, antes de qualquer coisa, a defesa do conjunto dos seres humanos contra toda e qualquer violência. A pior de todas as violências não é aquela que desconhecidos praticam nas ruas, posto

que essa seja fácil maldizer. A mais grave das violências é, isso sim, aquela que se aprende, que se ensina, que é feita dentro de nossas casas, aos olhos de nossas crianças perplexas. É na nossa casa, mais do que em qualquer outra parte, que aprendemos a ser, também nós, indivíduos visceralmente violentos. Ali, no ambiente do doméstico, do privado, temos não somente nossa vivência mais longa e mais dolorosa com a agressão, seja física, seja moral. Mais que isso, trata-se da primeira experiência em que a diferença – no caso, a diferença de gênero – é apresentada, vivenciada e impressa em nós como fator de opressão e submissão do gênero masculino sobre o gênero feminino, por conta mesmo dessa diferença. É na infância que as diferenças entre as pessoas são subtraídas de sua pluralidade horizontal – aliás, seu *locus* próprio na topografia da cultura humana – para se posicionarem, pela força, em planos artificialmente verticais. A partir dessa matriz, toda e qualquer diferença passa, então, a ser engendrada desde esse binômio estruturante, que se estipula e sustenta sobre as ideias de força e agressão, orgulhosas e

prepotentes, contra a outra, cuja culpa é ser apenas diferente de seu agressor. Desde essa fórmula, que as acalanta, equacionam-se repetidamente todas as outras violências, contra as quais já é tardio gritar.

A regra da isonomia não veda diferenciações, senão quando ilegítimas. O que o direito realmente repudia são privilégios despropositados nos planos do político e do histórico. Diferenciar, no entanto, é atributo ínsito à inteligência humana e, portanto, ínsito também ao direito que essa mesma inteligência escreve no tempo. O ser humano e suas coisas não seriam racionais se não soubessem quando e como bem diferenciar. A absoluta centralidade da violência de gênero, no cenário da defesa dos direitos humanos, justifica e reclama as diferenciações que, por toda parte, em várias nações, vêm sendo instaladas no direito e são reclamadas pela própria contemporaneidade. Aqui, o não diferenciar é que seria gritantemente inconstitucional, deixando ao relento direitos primordiais e ínsitos à própria condição humana.

Nosso olhar – cabe reconhecê-lo – não soube adquirir a sensibilidade necessária para entender a amplitude desses temas todos. É preciso enriquecê-lo, ainda que à custa de sua reinvenção. Isso é especial-

O ser humano e suas coisas não seriam racionais se não soubessem quando e como bem diferenciar. A absoluta centralidade da violência de gênero, no cenário da defesa dos direitos humanos, justifica e reclama as diferenciações que, por toda parte, em várias nações, vêm sendo instaladas no direito e são reclamadas pela própria contemporaneidade.

EDITORIAL:

- SOBRE OLHARES E DIFERENÇAS 1
- SOBRE LOS TRABAJOS DEL COMITÉ PERMANENTE DE AMÉRICA LATINA PARA LA REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LAS REGLAS MÍNIMAS DE NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS
Douglas Durán-Chavarría..... 2
- DELITOS DE ACUMULACIÓN E RACIONALIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL
Ana Elisa Liberatore S. Bechara..... 3
- BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO PROCESSO PENAL: CONFRONTO COM O HABEAS CORPUS
Carina Quito..... 6
- REFORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AS ATRIBUIÇÕES DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
Luiz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro..... 8
- A “DENÚNCIA ANÔNIMA” NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO
Gustavo Henrique Moreira do Valle..... 9
- DELAÇÃO ANÔNIMA E INVESTIGAÇÃO POLICIAL PRELIMINAR: CRÍTICA AO POSICIONAMENTO DO STF
Rafael Serra Oliveira 10
- REFLEXÕES PENAIAS SOBRE O ICMS
Fábio Tofic Simantob e Carolina de Queiroz Franco Oliveira..... 12
- A POSSIBILIDADE DE COLIDÊNCIA DE DEFESA EM FACE DOS NOVOS RITOS PROCESSUAIS
Rejane Alves de Arruda..... 13
- O SISTEMA PENAL BRASILEIRO É UM APARATO GENOCIDA
Bruno Shimizu..... 14
- EM MARÇO DE 2010, AS MULHERES ESTARÃO EM MARCHA
Isadora Brandão A. da Silva 16
- COM A PALAVRA, O ESTUDANTE ARTIGO 241-C DA LEI Nº 11.829/2008: A PORNOGRAFIA SIMULADA E A QUESTÃO DA OFENSIVIDADE PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO
Pedro Paulo da Cunha Ferreira..... 18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE DESCAMINHO (ART. 334, CP). TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL 1345

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal1346
- Superior Tribunal de Justiça1346
- Tribunais Regionais Federais.....1347
- Tribunais de Justiça1349

mente importante para todos aqueles que, das mais diversas posições, operam e lidam com o sistema de justiça. Mais, ainda, do que a defesa dos direitos das mulheres, a ideia feminista verdadeiramente busca uma nova gramática nas relações entre as pessoas, não mais alicerçada no poder ou na violência de umas sobre as outras, mas, sim, fundada em regras preciosas de irmandade e respeito. É por essa razão que o feminismo, hoje, constitui certamente um dos eixos mais robustos da luta pela realização dos direitos humanos, no Brasil e em todo o planeta.

Eis aí lições, trazidas por tantas e tantas companheiras e companheiros queridas e

queridos, que nosso **IBCCRIM** coletou em sua trajetória e que, seguindo seu estatuto, quer com todos insistentemente compartilhar. No ano em que comemora seu 18º aniversário, nosso Instituto, pela segunda vez, assiste com alegria a formação de nova turma do curso de orientação popular *Maria, Maria*, curso esse que realizamos em parceria com a *União de Mulheres* e com o *Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher – UNIFEM*. Baseada no projeto de formação de *promotoras legais populares*, a ideia do curso *Maria, Maria* é multiplicar saberes e lutas, especialmente com mulheres que vivem a dura realidade da periferia de

nossas cidades. No centro disso, e de muitos outros trabalhos e projetos que o **IBCCRIM** agasalha sob essa mesma inspiração, está a compreensão de que pela primeira vez realmente vivemos, afinal, a perspectiva de tempos e olhares decididos e novos. Cabe abrir uma nova linguagem, especialmente respeitosa à condição humana que somente é de ser comungada por todos, juntos, sem exceções ou discriminações.

NOTA

- (1) **V. TELES, Maria Amélia de Almeida.** *Breve história do feminismo no Brasil.* São Paulo: Brasiliense, 1999; p. 96-99.

SOBRE LOS TRABAJOS DEL COMITÉ PERMANENTE DE AMÉRICA LATINA PARA LA REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LAS REGLAS MÍNIMAS DE NACIONES UNIDAS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS

Douglas Durán-Chavarría

Con la satisfacción de haber realizado una labor que tuvo como fundamento la reflexión científica y la apertura a las opiniones de actores de todos los ámbitos en el contexto latinoamericano, logró el Comité Permanente de América Latina para la Revisión y Actualización de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos consensuar un documento que se pretende sea útil en función de dar un paso importante en el camino hacia una mayor humanización en lo concerniente a los derechos de las personas penalmente privadas de libertad.

Si bien las Reglas Mínimas actuales fueron un avance de mucha importancia, lo cierto es que es necesario pensar ahora, luego de más de medio siglo de su adopción, en la forma de seguir adelante en el logro de nuevos instrumentos y herramientas para la consolidación de los más recientes enfoques sobre esta temática, que tienden, en gran medida, a la ubicación de la dignidad humana como el concepto central en la relación entre el Estado y las personas sujetas a su poder punitivo.

A través de estas más de cinco décadas, han sido múltiples los avances que hacen necesario plantearse la posibilidad de nuevos enfoques en la materia.

En primer término, si se analizan con detenimiento las actuales Reglas, es fácil darse cuenta de que parten de una visión totalmente terapéutica, lo cual se comprueba sin dificultad con el solo repaso de la terminología empleada, que hace referencia constante al uso, por ejemplo, de medios curativos o de educación moral, que dejan clara la perspectiva rehabilitadora del instrumento, enfoque que ahora proponemos sea sustituido por uno que tienda, más que nada, a reducir los efectos del encierro y a dotar a la persona presa, de capacidades que, luego de su salida del medio carcelario, le

faciliten la reinserción en la sociedad.

Tal cosa tiene una relación directa con el énfasis que en nuestras propuestas se da en lo tocante al tema de la dignidad humana como concepto clave en el accionar del sistema penitenciario, tal y como mencionábamos líneas atrás.

Así, en general, el abordaje desde la perspectiva de la rehabilitación se ve sustituido por uno de la reinserción en la sociedad, y ello con la dignidad humana como componente central, lo que potencia a la persona humana como referente último de cualquier actuación por parte de la administración penitenciaria.

Mas, a la vez que se da ese giro tan importante, se ocupó el Comité de incorporar a la discusión una serie de temas de gran trascendencia que merecían la atención del grupo de expertos; así, se puso énfasis en la necesidad de reforzar la perspectiva de género; en efecto, las especiales necesidades de las mujeres privadas de libertad y la especificidad de sus derechos, hicieron que nos interesáramos por dar relevancia a esta temática.

Con el afán de impulsar una perspectiva de la diversidad y de la tolerancia, se preocupó el Comité por reforzar un enfoque que potenciara los derechos de las minorías y de los grupos que normalmente pueden ser –y son, en efecto– objeto de discriminación y malos tratos: personas pertenecientes a los pueblos originarios, personas con algún tipo de discapacidad, personas con enfermedades terminales, personas con orientación sexual o identidad de género diversas, etc.

Al mismo tiempo, en lo atinente al buen orden, se propone reforzar de todas las maneras posibles lo que concierne al debido proceso en materia disciplinaria; igualmente, se potencian los derechos de información y queja de las personas penalmente privadas de

libertad. El Comité ha querido incorporar a la discusión los avances más importantes de la Criminología contemporánea y, por ejemplo, en este tema de lo disciplinario y de los conflictos de las personas penalmente privadas de libertad con la administración penitenciaria, se ha hecho énfasis en la importancia de dar espacio a la perspectiva restaurativa, con lo cual se incorporaría al espacio carcelario una herramienta inexistente –al menos tal y como la conocemos hoy– en el momento en que se adoptaron las actuales Reglas.

Estas propuestas, entre muchas otras, partieron, además, de una postura minimalista y garantista, lo cual hizo que llamáramos la atención respecto de la necesidad de que el sistema penal, en general, potencie el uso de mecanismos de diversión (o desjudicialización), especialmente de penas no privativas de libertad cuando ello sea factible, a la vez que se haga uso lo menos posible de la prisión preventiva.

Solo partiendo de una perspectiva tal se puede poner en marcha un Derecho Penal basado en la tolerancia y más democrático, lo que debería ser, a final de cuentas, uno de los objetivos principales de todo sistema que se precie de pluralista, y que tenga como ideal el abandono de todo tipo de autoritarismo. Brasil ha demostrado en los últimos tiempos su vocación por buscar el logro de una sociedad más justa y democrática, liderazgo que también en los trabajos del Comité se ha visto reflejado, junto al apoyo encomiable de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria y la de todos los expertos que participaron de este bello proceso.

Douglas Durán-Chavarría

Relator del Comité Permanente de América Latina para la Revisión y Actualización de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos; Experto del ILANUD.

DELITOS DE ACUMULAÇÃO E RACIONALIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

What if everybody did it? Por meio dessa indagação, **Joel Feinberg** buscava em 1984 analisar um grupo específico de casos caracterizados pela prática de condutas que, embora fossem individualmente inofensivas ao bem jurídico tutelado pela norma penal, revelavam-se particularmente perigosas ou danosas, quando tomadas a partir da consideração hipotética de sua repetição em grande número⁽¹⁾. Assim, a título ilustrativo, tratando do crime de poluição ou dos crimes contra a ordem tributária, ter-se-ia o comportamento do agente que descarta no meio ambiente ínfima quantidade de lixo, ou o de quem deixa de recolher ao Erário Público tributo em quantia inferior ao mínimo exigível para justificar sua cobrança administrativa como hipóteses que, sob a lógica da cumulatividade no âmbito social, ganhariam significação jurídica, justificando a intervenção penal.

A denominação “delitos de acumulação” (*Kumulationdelikt*) foi empregada pela primeira vez por **Lothar Kuhlen**, em 1986, ao tratar da matéria ambiental, para designar no âmbito dos delitos de perigo abstrato as condutas que se tornam penalmente significativas não por si mesmas, e sim porque, sem uma proibição sancionatória, seriam realizadas em tal quantidade que levariam à ofensa ao bem jurídico protegido pela norma⁽²⁾. A tipificação de delitos de acumulação prestaria, conforme **Kuhlen**, uma contribuição à solução de problemas de especial transcendência às condições naturais de vida, por meio da punição das condutas responsáveis por sua constituição.

Mais de duas décadas após a reflexão inicial sobre os delitos por acumulação, a discussão ganha contornos ainda mais acentuados em decorrência da complexidade da sociedade contemporânea. A proteção de bens jurídico-penais enfrenta novas dificuldades, em razão de se pretender abarcar não apenas sua colocação em perigo atual, como também processos lesivos a longo prazo, aptos inclusive a atingir futuras gerações. Assim, condutas antes consideradas inofensivas convertem-se em altamente perigosas como resultado da acumulação. Questiona-se, então, a legitimidade do Direito Penal para intervir nessas hipóteses, conferindo uma proteção diacrônica que inclua a garantia de condições dignas às próximas gerações.

Essas novas preocupações enfrentadas pelo Direito Penal advêm não apenas dos desdobramentos da denominada de sociedade do risco, como também, e consequentemente, do fenômeno de “erosão das normas sociais”, relacionado no âmbito da sociologia jurídica alemã com a constatação da diminuição de padrões normativos específicos individuais, bem como daqueles correspondentes à própria estruturação do cotidiano, tornando a sociedade contemporânea menos confiável sob o ponto de vista de suas expectativas normativas⁽³⁾.

Tal fenômeno implica a crescente demanda para que o Estado assumira a proteção penal das normas debilitadas, levando inúmeras dificuldades.

Por isso, embora os princípios penais fundamentais ainda sigam dominando a doutrina, surgem na legislação elementos que contradizem a concepção liberal e levam o Direito Penal ao caminho do endurecimento e a eleger como centro de suas preocupações a vítima real ou potencial do delito. O paradigma penal dominante na atualidade parece ser o da efetividade na produção de segurança, passando-se da prevenção ao questionável princípio da precaução em defesa da sociedade contra ameaças potenciais advindas de âmbitos pouco conhecidos ou controláveis sob a perspectiva dos riscos envolvidos. Nessa linha, o princípio da ofensividade adquire um caráter ambivalente: se, sob a ótica liberal do Direito Penal, a exigência de ofensa ao bem jurídico supunha a oposição à criminalização de determinadas condutas, tendo como consequência principal uma tendência crítica de despenalização, nos últimos anos passou-se a adotar o mesmo princípio para justificar um Direito Penal criminalizante. Da mesma forma, o Direito Penal passa a ser visto como um instrumento de controle *administrativizado*, voltando-se à gestão de determinados setores da atividade social⁽⁴⁾. É nesse contexto que se há de discutir os denominados delitos por acumulação.

Antes de tudo, devem-se analisar os próprios limites que separam o delito do mero ilícito administrativo. As teses clássicas, como a adotada por **Goldschmidt**, distinguem os limites de intervenção do Direito Penal daqueles do Direito Administrativo a partir de uma perspectiva ética. Assim, enquanto o delito consistia em uma lesão eticamente reprovável a um bem jurídico, o ilícito administrativo correspondia a um ato de desobediência ético-valorativamente neutro⁽⁵⁾. Mais tarde, consolidou-se a concepção segundo a qual a diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo seria quantitativa, caracterizando-se esse último pelo menor conteúdo de injusto. Nesse sentido, sendo a sanção administrativa de menor gravidade do que a sanção penal, a separação entre um e outro âmbitos atenderia apenas a um critério de conveniência ou de oportunidade, conforme o interesse do Estado em dado momento histórico⁽⁶⁾.

Embora ambas as concepções ainda sejam equivocadamente empregadas, nenhuma delas se mostra correta, já que a diferença fundamental entre o delito e o mero ilícito administrativo reside no critério teleológico, isto é, nas diversas finalidades perseguidas pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo. Dessa forma, se o Direito Penal busca a proteção de bens jurídico-penais em casos concretos, a partir dos critérios de ofensividade e de culpabilidade, o Direito



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1ª SECRETÁRIA: Juliana Garcia Belloque

2ª SECRETÁRIO: Cristiano Avila Maronna

1º TESOUREIRO: Édson Luís Baldan

2º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

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

DEPARTAMENTOS:

Coordenadores-chefes

BIBLIOTECA: Ivan Luis Marques da Silva

BOLETIM: Andre Pires de Andrade Kehdi

CURSOS: André Adriano Nascimento Silva

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Luciano Anderson de Souza

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Fernando Salla

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

NÚCLEO DE PESQUISAS: Maria Amélia de Almeida Telles

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM

junto ao Olapoc: Renata Flores Tybirjá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:

Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COMISSÕES:

Presidentes

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS

FUNDAMENTAIS: Rafael S. Lira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

HISTÓRIA: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

Administrativo visa a organizar determinados setores de atividade, reforçando, a partir do critério de oportunidade, determinado modelo de gestão. Por isso a sanção administrativa não necessita atingir condutas especificamente ofensivas a bens jurídicos, bastando que em geral representem estatisticamente um perigo para a ordenação de determinado setor de atividade. É sob essa perspectiva de gestão administrativa que a pergunta “*what if everybody did it?*” adquire sentido⁽⁷⁾. O equívoco da *administrativização* da intervenção penal decorre, então, da pretensão de diferenciação meramente ontológica ou quantitativa entre Direito Administrativo e Direito Penal, levando à incriminação de condutas que não atingem bens jurídico-penais.

É justamente o que ocorre com os delitos de acumulação, cuja punição não atinge comportamentos concretamente ofensivos, buscando-se, ao invés, proteger a eficiência social de determinadas funções por meio do Direito Penal, o que soa ilegítimo em face dos princípios da ofensividade e da culpabilidade. Com efeito, se, no âmbito dos delitos cumulativos, a imputação do fato ao agente depende não de sua própria conduta, por si inofensiva, e sim de contribuições alheias, a reprovação penal está a infringir abertamente os limites de um Direito Penal garantista, que atribui responsabilidade pela criação pessoal de riscos penalmente relevantes⁽⁸⁾.

A despeito das dificuldades expostas, há autores que defendem a admissão, ainda que limitada ou excepcional, da tutela penal dos danos cumulativos. Assim, **Jesús-María Silva Sánchez**, embora valore negativamente os delitos de acumulação, considerando-os lesivos os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade das penas, propõe sua admissão, por razões comunicativas, desde que a eles sejam cominadas penas outras que não a privativa de liberdade, no contexto de um Direito Penal de fronteira ou de segunda velocidade⁽⁹⁾.

Jorge de Figueiredo Dias afirma, por sua vez, que, em face da necessidade coletiva de contenção de “mega-riscos globais”, revela-se legítima a punição da conduta do agente quando a esta seja não só possível, e sim muito provável somar outras tantas, de forma a gerar perigo de dano ao bem jurídico tutelado, bastando para isso a constatação empírica da provável acumulação e de seus efeitos negativos. Nessa medida, o autor aproxima-se da ideia de **Stratenwerth** de um Direito Penal do comportamento, em que são punidas meras relações de vida como tais, o que, conforme **Jorge de Figueiredo Dias**, não se trataria de uma alternativa ao Direito Penal do bem jurídico, haja vista que a punição imediata de comportamentos visaria mediatamente à tutela de bens jurídicos coletivos⁽¹⁰⁾.

Seguindo a mesma linha ao tratar dos efeitos cumulativos em matéria ambiental, **Klaus Tiedmann** adverte que os perigos oriundos

da emissão de gases diversos não podem ser compreendidos em concreto pelo cidadão nem sequer de forma aproximada. Desse modo, o discurso sobre uma simples desobediência à administração não dever ser sancionada pelo Direito Penal careceria de legitimidade, em razão dos medos elementares envolvidos⁽¹¹⁾.

No Brasil, **Fabio Roberto D’avila** propõe a possibilidade de análise da relevância jurídico-penal da conduta de acumulação do agente mesmo fora do fato em si, a partir do contexto no qual se desenvolve, apesar de advertir que a admissão dessa concepção de delito leva ao reconhecimento da absoluta ausência de ofensividade. Assim, defendendo uma posição semelhante à atual concepção de **Lothar Kuhlen**, o autor trata da hipótese ilustrativa do crime de poluição e sustenta, na análise da relevância da cumulatividade, que quanto maior o grau de poluição de uma área, menor deverá ser o nível de poluição tolerado pela lei, numa relação de dependência que encontra o seu ideal na maior proximidade possível com o contexto real. Toma-se o delito de acumulação não mais sob uma hipótese de repetição ou a partir de uma lógica de prevenção geral, e sim como elemento real inserido, no exemplo dado, quer na aferição do grau de poluição já existente em uma determinada área, quer nos índices variáveis de emissão de poluentes⁽¹²⁾.

Da mesma forma, **Pierpaolo Cruz Bottini** não nega a possibilidade de tipificação de condutas de acumulação para a contenção de riscos em determinados contextos, quando estiver presente a periculosidade da conduta e, especialmente, quando a repetição da atividade é perpetrada pelo mesmo agente. E o autor conclui que a legitimidade dos delitos de acumulação não é uma discussão sobre a legislação penal, e sim sobre a aplicação concreta das normas, na medida em que ao juiz incumbe a verificação da tipicidade do comportamento nestes casos, não a admitindo quando o contexto de risco é criado por um conjunto de agentes sem prévia combinação, e cada conduta isolada não apresenta a materialidade necessária para permitir a incidência da norma penal⁽¹³⁾.

Em vista das diversas perspectivas apresentadas, faz-se necessário chamar a atenção para a necessidade de retorno a um Direito Penal racional. Antes de mais nada, a opção tímida de admitir os delitos por acumulação dentro de um Direito Penal brando e flexibilizado implica uma intolerável quebra sistêmica (conforme as inúmeras críticas já lançadas ao “Direito Penal de segunda velocidade” de **Silva Sánchez**), e evidencia a própria convicção de que os danos cumulativos não devem ser tutelados no âmbito penal.

De outro lado, a adoção de um Direito Penal do comportamento, baseado nos medos sociais e no princípio da precaução, ainda que se advogue a tutela indireta de bens jurídicos supraindividuais, leva ao retrocesso da inter-

venção penal ao período pré-iluminista, não sendo difícil também a aproximação desse modelo ao relativismo axiológico que deu margem à adoção de sistemas autoritários a exemplo da escola de **Kiel**. O delito deve ser um comportamento socialmente danoso. A exigência do requisito básico da ofensividade, alcançado na época da Ilustração, tem raízes históricas mais profundas do que a própria Constituição atual e é imprescindível para a argumentação teleológica no campo do ilícito penal, de forma que renunciar a esse princípio significaria renunciar ao próprio Estado Democrático de Direito e permitir, já num âmbito autoritário, a punição da mera vontade ou da periculosidade⁽¹⁴⁾. E de nada adianta pretender buscar a ofensividade fora da esfera de comportamento do agente, relacionando-a com situações concretas onde já há exposição do bem jurídico a dano. Nesses casos, parece que o efeito do entorno sobre a significação penal da conduta do agente é justamente o contrário (imagine-se a conduta de descartar ínfima quantidade de substância poluente em rio já poluído), vale dizer, o comportamento do agente terá logicamente menos relevância jurídico-penal – nos âmbitos objetivo e subjetivo – em relação ao resultado.

Da mesma forma, buscar identificar os delitos de acumulação com as hipóteses em que um mesmo ou diversos agentes agindo em unidade de propósitos praticam a repetição de atividades que, individualmente consideradas, não apresentariam ofensividade mostra-se equivocado, pois aqui não se está mais diante de um delito cumulativo, e sim de mera causalidade cumulativa.

Finalmente, não cabe a pretensão de amenizar a discussão, como se a questão pudesse ser referida apenas à aplicação da norma penal. De fato, embora diga respeito diretamente à verificação concreta ou não da ofensividade da conduta do agente, a adoção da cumulatividade na esfera penal acaba por perverter e negar, em última análise, a própria teoria do bem jurídico, abrindo a possibilidade de tipificação de comportamentos de mera violação de dever. Assim, a questão ultrapassa a aplicação da lei penal para atingir a legitimidade da construção típica, a exemplo de diversos delitos existentes na lei penal ambiental brasileira, amplamente questionados justamente por terem sido elaborados sob a perspectiva da acumulação.

De todo modo, a discussão dos delitos de acumulação não se resume ao problema da ofensividade, que muitas vezes pode até chegar a ser constatada. Trata-se de discutir também a culpabilidade em sentido amplo. Nesse sentido, pretende-se introduzir na esfera de imputação uma espécie de concurso objetivo ou involuntário de agentes, já que é da soma objetiva dos seus comportamentos – não raras vezes de forma protraída no tempo – que advém o perigo ou dano ao bem jurídico. Poder-se-ia argumentar que, em relação à

conduta por si inofensiva, o agente possui consciência do perigo representado cumulativamente ao bem jurídico, e mesmo assim age. Observa-se, porém, que esse raciocínio acaba levando a uma intolerável presunção de consciência, sendo na prática impossível a comprovação de referido aspecto subjetivo e, antes disso, do próprio perigo decorrente da conduta praticada. E ainda que se comprovasse a consciência do agente nesse caso, não se poderia chegar automaticamente à consideração do elemento volitivo de seu comportamento, sendo inviável concluir pela existência de dolo, ainda que eventual.

Na verdade, o debate acerca dos danos cumulativos é, antes de tudo, uma questão de política criminal. Claro que ao se legitimar os delitos de acumulação, haverá que se flexibilizar institutos e princípios fundamentais em âmbitos específicos de proteção, como, por exemplo, na esfera de bens supraindividuais. O perigo aqui está na setorização e ruptura sistêmica do Direito Penal, pois o que se adota excepcionalmente na esfera supraindividual pode vir a ser aplicado também à sua esfera mais tradicional. Assim, a aplicação do raciocínio de cumulatividade a um pequeno furto realizado em um supermercado (“e se todos fizessem o mesmo?”) levaria ao afastamento do princípio da insignificância e à pretensão da intervenção penal também nesse caso.

O princípio da intervenção mínima do Direito Penal, que postula a legitimidade da intromissão na esfera de liberdade do cidadão somente quando esta for estritamente necessária, não deixa de ser compatível com a concepção dominante do Estado intervencionista, já que a atuação positiva deste para atingir o bem-estar dos cidadãos não obriga a postular como desejável a restrição da liberdade individual além do imprescindível para sua própria proteção. Nesse contexto, soa claro que a intervenção penal voltada à solução dos danos cumulativos resulta equivocada, pois além de não ser este o instrumento legítimo para a proteção direta do futuro, não aumenta a prevenção de determinados comportamentos, permanecendo intocados os conflitos. Nesse caso, a utilização retórica do Direito Penal traduz um mascaramento ideológico, produzindo consequências arbitrárias.

Voltando ao raciocínio inicial de **Feinberg**, que se mostra favorável aos delitos de acumulação sempre que se possa constatar a disposição

de uma maioria a realizar tal conduta em razão da baixa capacidade motivadora no âmbito ético-social, conclui-se que a preocupação com os danos cumulativos é justificada, não se devendo esquecer, porém, da esfera administrativa, apta a funcionar muito bem como mecanismo de reforço hábil das expectativas normativas, sem que se faça necessário o recurso ao Direito Penal.

NOTAS

- (1) **FEINBERG, Joel.** *The moral limits of the criminal law. Vol. one. Harm to others.* Oxford: Orford University, 1984, p.225 e ss.
- (2) **KUHLEN, Lothar.** Umweltstrafrecht. Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105,1993,p.697 e ss.
- (3) **HASSEMER, Winfried.** El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad. In: *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2009, p. 22.
- (4) **SGUBBI, Filippo.** *El delito como riesgo social.* Trad. J.E.S. Virgolini. Buenos Aires: Ábaco, 1998,p.67-68.
- (5) **SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María.** *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales.* Madrid: Civitas, 1999,p.101.
- (6) **PAGLIARO, A.; COSTA JÚNIOR, P. J.** *Dos crimes contra a administração pública.* 2ª.ed. São Paulo: RT, p. 20.
- (7) **SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María.** *La expansión ...*, cit., p. 104.
- (8) **KINDHÄUSER, Urs.** Elementos fundamentales del derecho penal medioambiental alemán. *Revista de Ciencias Penales*, V.1,n.2,p.503-504;**CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl.** Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. *Revista Chilena de Derecho*, Vol.27,n.01,2000,p.145.
- (9) **SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María.** *La expansión...*, cit.,p.112.
- (10) **DIAS, Jorge de Figueiredo.** *Direito penal. Parte geral. T. I.* São Paulo: RT, 2007, p.141-143.
- (11) **TIEDMANN, Klaus.** *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad.* Trad.M.Vásquez. Lima:Grijley, 2007, p.291.
- (12) **D'AVILA, Fabio Roberto.** O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *RBCCRim*, Ano 15, n. 67, p.51-53.
- (13) **BOTTINI, Pierpaolo Cruz.** *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco.* São Paulo: RT, 2007, p.242-243.
- (14) **SCHÜNEMANN, Bernd.** La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. Trad. **M. Sacher.** In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología.* Madrid: UNED, 2001. p.658.

Ana Elisa Liberatore S. Bechara
Professora Doutora da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo.

PARTICIPE POR ACREDITAR

NOVIDADES NA VIDEOTECA IBCCRIM

O DVD referente à **Mesa de Estudos e Debates** que discutiu o tema “**Sistema Prisional e Alimentação**”, realizada em fevereiro de 2010, está disponível para empréstimo no acervo da **Biblioteca do IBCCRIM**. O evento também pode ser assistido pela **TV IBCCRIM**, no Portal www.ibccrim.org.br.

Para solicitar o empréstimo dos vídeos basta enviar e-mail para: biblioteca@ibccrim.org.br ou entrar em contato por telefone: (11) 3105-4607 ramal 150.



COORDENADORIAS REGIONAIS:

Coordenadora-Chefe: Juliana Garcia Belloque

Coordenadores-Regionais:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):
João Guilherme Lages Mendes

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):
Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e AL):
Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e SE):
Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):
Márcio Gaspar Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):
Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):
Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):
Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):
João Daniel Rassi

11ª REGIÃO (PR):
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):
Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Andre Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília Tripodi, Eduardo Augusto Paglione e Renato Stanzola Vieira

“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) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: 3340-3344

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

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

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

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

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Telefonista	0
Associação, pagamentos, recebimento de materiais	2
Cursos, Seminários, Publicações	3
Pós-Graduação, Laboratório	
Mesa de Estudos e Debates	4
Biblioteca	5
Site	6
Comunicação e Marketing	7
Núcleo de Pesquisas	8
Diretoria e Presidência	9
www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e boletim@ibccrim.org.br	

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO PROCESSO PENAL: CONFRONTO COM O HABEAS CORPUS

Carina Quito

Considerações iniciais

O mandado de segurança é instituto genuinamente brasileiro. A exemplo do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de injunção, da ação civil pública e da ação popular, o mandado de segurança insere-se no sistema de direitos e garantias constitucionalmente delineado, ostentando a qualidade de remédio⁽¹⁾ para a tutela das liberdades públicas.

Entre nós, a origem do mandado de segurança localiza-se no próprio *habeas corpus*. Nos idos da República, a inexistência de um instrumento dotado de semelhante eficácia fez que o *habeas corpus* fosse utilizado de forma indiscriminada para a tutela de direitos individuais diversos da liberdade de locomoção⁽²⁾. Assim, a criação legislativa do mandado de segurança no ano de 1934 ocorreu em resposta à utilização desvirtuada daquele *writ* – isto é, como forma de reconduzi-lo à sua função clássica.

Com a criação do mandado de segurança foram estabelecidos, em princípio, campos distintos de aplicação dos institutos: o *habeas corpus* voltou-se ao processo penal e, ao passo que o mandado de segurança foi tratado, em grande parte, como “ação civil”⁽³⁾.

A despeito dos distintos campos de aplicação então traçados, o mandado de segurança, com o passar dos anos, revelou-se instrumento de tal sorte eficaz, que acabou tendo sua utilização alargada inclusive para o processo penal, sobretudo em virtude de seu cabimento para a impugnação de decisões judiciais⁽⁴⁾ irrecorríveis ou passíveis de recurso não dotado de efeito suspensivo.

Atualmente, dada a taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito e a inexistência de efeito suspensivo, em muitos casos, para os demais recursos previstos, o mandado de segurança, ao lado do *habeas corpus*, tem sido de grande utilização no processo penal, não apenas para a impugnação de atos administrativos, como também para a impugnação de decisões judiciais proferidas no curso da persecução.

Critérios gerais de delimitação do cabimento do mandado de segurança

Os critérios delimitadores do cabimento do mandado de segurança são extraídos dos textos da Constituição da República e da Lei nº 12.016/2009 e podem ser classificados como negativos e positivos.

Sob o aspecto positivo, para que cabível o mandado de segurança (i) o direito a ser tutelado dever líquido e certo⁽⁵⁾, (ii) o ato impugnado deve ter sido, necessariamente, praticado por autoridade (ou, por equipara-

ção, por agente de pessoa jurídica no exercício de função pública) e (iii) deve ter sido, ainda, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

Sob o aspecto negativo, dada a admissibilidade residual prevista no texto da Constituição e consideradas as limitações hoje postas na Lei nº 12.016/2009, pode-se afirmar que não cabe mandado de segurança: (i) quando o ato possa ser impugnado por recurso administrativo com efeito suspensivo; (ii) contra ato judicial passível de impugnação por recurso (dotado de efeito suspensivo) ou correição parcial; (iii) contra decisão judicial transitada em julgado e (iv) quando cabíveis, na espécie, o *habeas data* ou o *habeas corpus*.

Mandado de segurança em matéria penal: delimitação do cabimento do writ e confronto com o habeas corpus

Embora criado para ter aplicação fora do campo penal, o mandado de segurança é hoje indiscutivelmente cabível também nessa esfera, uma vez que as atividades de persecução criminal podem vulnerar direitos diversos da liberdade de ir e vir.

A utilização do remédio é admissível, assim, desde a fase de investigação – quando poderá ser utilizado tanto contra atos administrativos propriamente ditos, como contra atos judiciais –, passando pela fase de ação penal – quando assume genuína função de recurso – e, até mesmo, durante a etapa de execução da pena⁽⁶⁾.

Considerando a natureza dos direitos a serem protegidos pela via do mandado de segurança – isto é, direitos diversos da liberdade de ir e vir –, o instituto certamente encontra maior aplicação, no processo penal, para a tutela de direitos da acusação pública⁽⁷⁾, do ofendido⁽⁸⁾, dos advogados⁽⁹⁾ e de terceiros⁽¹⁰⁾ que tenham direitos vulnerados por atos praticados na persecução.

Não obstante, o mandado de segurança é cabível também para a tutela de direitos do imputado, desde que diversos da liberdade de locomoção.

Tradicionalmente, faz-se uso do *mandamus* para resguardar direitos patrimoniais do imputado, uma vez que estes não se comunicam, direta ou indiretamente, com a liberdade de ir e vir.

Assim, sob a ótica do imputado, o mandado de segurança é claramente admissível contra apreensões de bens ilegais ou abusivas; contra o indeferimento de pedidos de restituição⁽¹¹⁾ ou contra a decretação ilegal ou abusiva de medidas assecuratórias, como o sequestro cautelar, o arresto prévio ou o arresto

propriamente dito⁽¹²⁾.

Mais tormentosa, por outro lado, é a definição do instrumento cabível para a tutela dos demais direitos do imputado na persecução penal, tendo em vista que a correspondente limitação ilegal ou abusiva acarreta, em regra, restrição direta ou reflexa ao direito de ir e vir.

Historicamente, o *habeas corpus* foi preordenado à defesa da liberdade de locomoção, assim compreendida como o *ius manendi, ambulandi, eundi ultra citroque*⁽¹³⁾, ou “o poder de mudar de lugar, de situação, ou de se transportar para qualquer lugar que se deseje, sem impedimentos nem prisões, salvo se a lei o ordenar devidamente”⁽¹⁴⁾.

Conceitualmente, portanto, a utilização do *habeas corpus* somente teria lugar para os casos de prisão consumada ou iminente, com a prevenção ou a restituição da liberdade de ir e vir do indivíduo⁽¹⁵⁾.

Ocorre que, no processo penal, hoje, inúmeros direitos do imputado diversos da liberdade de locomoção podem ser vulnerados, quer na primeira ou na segunda fase da persecução, o que amplia sobremaneira o emprego do *habeas corpus* e cria significativa sobreposição das hipóteses de cabimento de tal remédio e do mandado de segurança.

A doutrina processual, na tentativa de divisar as esferas de cabimento de um e outro *writ*, tem se restringido a afirmar que o uso do *habeas corpus* é autorizado tão-somente para os casos de prisão ou ameaça de prisão ilegal, sem, contudo, aclarar o momento em que tal ameaça resta configurada.

A tarefa de delimitar o cabimento do *habeas corpus* e do mandado de segurança no processo penal tem sido reservada, assim, aos Tribunais brasileiros, no exame de cada caso concreto. O exame da jurisprudência revela, todavia, estar-se longe de um consenso a respeito.

Duas correntes podem ser identificadas nesse tema. A primeira delas reconhece que, quando os direitos violados não importam limitação direta à liberdade de ir e vir – ainda que tais direitos sejam de titularidade do imputado e que da respectiva vulneração possa decorrer, no futuro, eventual condenação –, o instrumento cabível para a tutela correspondente é o mandado de segurança, em detrimento do *habeas corpus*.

A segunda, que reflete a orientação predominante dos julgados, considera que, quando a lesão ou ameaça de lesão disser respeito a direito do imputado, ainda que não se possa vislumbrar qualquer ameaça atual de prisão, caso ela seja indiretamente possível a hipótese será de impetração de *habeas corpus*, em detrimento de mandado de segurança⁽¹⁶⁾.

O melhor critério já identificado na jurisprudência é, a nosso ver, aquele proposto pelo ministro **Luiz Vicente Cernecchiaro**, no julgamento do *HC 7.920/RS*, pelo Superior Tribunal de Justiça, em 22.02.1999. Naquela oportunidade, o ministro assinalou que se deve afastar a ideia de que o mandado de segurança é incompatível com o processo penal. Mais que isso, salientou, que, para a tutela de direitos do imputado no processo penal, o uso do *habeas corpus* somente se autoriza quando a ameaça à liberdade de locomoção do paciente for *provável* e não simplesmente *possível* de se concretizar.

De fato, a previsão constitucional do mandado de segurança para a tutela de todos aqueles direitos individuais diversos da liberdade de locomoção afasta, em princípio, o manejo do *habeas corpus* até mesmo pelo imputado, caso o direito a ser tutelado não seja *imediatamente* o direito de ir e vir.

Com efeito, em rigorosa técnica processual, cabe o mandado de segurança para a tutela de direitos individuais do imputado que sejam diversos da liberdade de locomoção, tais como o direito à livre comunicação com o advogado, o direito à autodefesa e ao contraditório, o direito à prova, o direito a julgamento imparcial e, especialmente, o direito à intimidade – este usualmente violado por quebras ilegais de sigilo bancário, fiscal e telefônico ou por medidas de busca e apreensão executadas sem autorização judicial ou em desacordo com a autorização concedida.

Para além do rigor da técnica processual, contudo, há de se ter em mente a eficácia ínsita às ações impugnativas aqui tratadas ao se analisar a questão do cabimento.

A propósito, vale lembrar que, diversamente do que ocorre com o mandado de segurança, a legitimação para a propositura de *habeas corpus* é ampla e que inexistente qualquer prazo decadencial que a condicione, como ocorre com o mandado de segurança, por força do disposto hoje no artigo 23 da Lei nº 12.016/2009. Em última análise, pode-se afirmar que o *habeas corpus* é dotado de maior eficácia comparativamente ao mandado de segurança e que pode, por isso, conferir proteção mais ampla aos direitos fundamentais porventura violados.

Assim, a despeito de ser tecnicamente correta a impetração de mandado de segurança, nada obsta, a nosso ver, que se conheça de *habeas corpus* para a salvaguarda de direitos do imputado diversos da liberdade de locomoção, desde que da lesão a esses direitos possa advir, no futuro, restrição ilegal à liberdade de ir e vir do paciente.

Exemplo disso se tem no emprego de *habeas corpus* contra atos ilegais de quebra de sigilo bancário, fiscal ou telefônico do imputado. Em tais situações, o direito a ser imediatamente protegido pela impetração é o direito à intimidade devassada ou ameaçada, o que tornaria

cabível, em rigorosa técnica processual, o mandado de segurança. É certo, porém, que da indevida violação da intimidade do imputado pode resultar o ajuizamento de ação penal ou mesmo condenação em ação penal já em andamento, tornando possível o cerceamento futuro da liberdade de ir e vir.

Nesses casos, o cabimento do mandado de segurança não deve excluir, a nosso ver, o cabimento do *habeas corpus*. Afinal, em matéria de direitos fundamentais do imputado, deve-se buscar a maior tutela estatal possível.

Logo, considerando a origem comum e a finalidade constitucional dos institutos, o rigor técnico não deve prevalecer sobre a necessidade de tutela de direitos fundamentais. Nesse contexto, o não conhecimento de *habeas corpus* vai contra a lógica do sistema de garantias constitucionalmente estabelecido e corresponde, em última análise, a afronta à garantia inscrita no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

NOTAS

- (1) A propósito da natureza jurídica do mandado de segurança, é de se observar que a maioria dos autores atribui ao instituto a natureza de ação. Não obstante, há autores, como **José Inácio Botelho de Mesquita** (O mandado de segurança: contribuição para seu estudo. *Revista de Processo*, vol. 66, p. 125), que sustentam ter o mandado de segurança natureza recursal.
- (2) Criou-se, à época, a denominada “teoria brasileira do *habeas corpus*”, que propunha a utilização desse remédio para a proteção de direitos diversos da liberdade de locomoção. A utilização de *habeas corpus* com essa finalidade foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal que, a partir de julgamento realizado em 11 de dezembro de 1909, estabeleceu que a concessão do *writ* teria lugar quando (i) a liberdade de locomoção fosse condição para o exercício de um direito e (ii) esse direito fosse certo, líquido e incontestável.
- (3) Tendo em vista o campo de aplicação ao qual se voltaria o mandado de segurança, muitos autores o classificam de ação civil. É mister observar, todavia, que a eficácia ínsita ao instituto fez que a correspondente aplicação extrapolasse a esfera processual civil, daí por que não é correta a afirmação quanto a tratar-se de ação civil. Conforme leciona **Rogério Lauria Tucci** (*Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo, Saraiva, 1978, p. 33), o mandado de segurança, rigorosamente falando, é instituto de direito processual constitucional, destinado a afastar ato ilegal ou abusivo de qualquer autoridade.
- (4) O cabimento de mandado de segurança contra atos judiciais está hoje regulado em nível legislativo. O atual artigo 5º, II, da Lei nº 12.016/2009 dispõe não ser cabível mandado de segurança de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo.
- (5) Por “direito líquido e certo” deve-se entender direito passível de comprovação pela via documental, no ato da impetração, independentemente de dilação probatória. A propósito, **José de Castro Nunes** (*Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*. 8.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 62.) e **Celso Agrícola Barbi** (*Do mandado de segurança*. 10.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 53), assentou-se que “direito líquido e certo” constitui condição processual

e não substantiva no mandado de segurança, uma vez que a existência propriamente dita do direito a ser amparado se confunde com o mérito do *writ*.

- (6) Na execução penal, além do uso do mandado de segurança para atribuir efeito suspensivo a recurso dele desprovido, é possível a impetração do *writ* para a impugnação de atos administrativos maculados por ilegalidade ou abuso de poder. Segundo **Teresa Cristina Marques** (*Habeas-corpus* e mandado de segurança na execução penal. In: **Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana** (coord.). *Execução penal*: Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. São Paulo, Max Limonad, 1987, p. 61), cabe o mandado de segurança contra atos administrativos praticados na execução penal, inclusive aqueles de caráter disciplinar, desde que ilegais. Destaca a autora a admissibilidade do *mandamus* por pessoa jurídica e órgãos públicos despersonalizados, além do próprio Estado, além da possibilidade de impetração do *writ* simultaneamente à tramitação do incidente de excesso ou desvio de poder na execução, face à ausência de efeito suspensivo nesses incidentes.
- (7) Quanto ao uso de mandado de segurança pelos membros do Ministério Público, ressalta-se, em especial, a utilização do instituto para assegurar a observância do devido processo legal, o direito à prova e para atribuir efeito suspensivo a recurso dele desprovido – embora a utilização do instituto, nesses casos, seja de constitucionalidade questionável sempre que a concessão da segurança importar em prisão do investigado ou do acusado.
- (8) O ofendido pode impetrar mandado de segurança no processo penal, por exemplo, a fim de ver assegurado o seu direito de requerer diligências na fase de investigação (artigo 14, do CPP), a fim de garantir sua habilitação como assistente de acusação e, uma vez habilitado, também para assegurar, entre outros, o direito à prova e ao devido processo.
- (9) O mandado de segurança encontra utilização, pelos advogados, para garantir direito de vista de autos de procedimentos criminais, para garantir a comunicação com o preso e para assegurar prerrogativas profissionais, a exemplo da inviolabilidade do escritório de advocacia e o sigilo das comunicações com os clientes.
- (10) Notadamente para a proteção de direitos patrimoniais vulnerados por medidas assecuratórias no curso da persecução e, também, para proteger o direito à intimidade que possa ser indevidamente devassada por medidas ilegais ou abusivas de quebra de sigilo telefônico, bancário e fiscal.
- (11) Nesses casos, considerando a existência de recursos próprios para a impugnação dos incidentes de restituição de competência do Judiciário, a impetração de mandado de segurança dependerá da demonstração de prejuízo atual ou possível decorrente da demora no julgamento do recurso.
- (12) Aplicam-se, aqui, as mesmas observações quanto à existência de recursos próprios contra as decisões judiciais feitas na nota supra.
- (13) Cf. **Pontes de Miranda**. *Tratado das ações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, t. VI, p. 16.
- (14) **William Blackstone**, citado por **Pontes de Miranda**. *Tratado...* cit., p. 17.
- (15) Cf. **Rogério Lauria Tucci**. “Habeas corpus” e mandado de segurança: diversificações conceituais. *Ciência Penal*, n. 3, 1976, p. 118.
- (16) A propósito, significativo precedente do Supremo Tribunal Federal, representado pelo *HC 79.191/SP* (*DJU 08.10.1999*), parcialmente transcrito: “Se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o habeas corpus, dado que de um ou outro possa advir condenação à pena privativa de liberdade, ainda que não iminente”.

Carina Quito

Mestre em Processo Penal pela USP. Advogada.

REFORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AS ATRIBUIÇÕES DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Luiz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro

O Código de Processo Penal brasileiro, formalmente editado como Decreto-Lei nº 3.689/41, tem sido o objeto de variadas críticas ao longo dos anos, sobretudo em virtude de sua já desatualizada estrutura, pensada para um país ainda predominantemente rural na década de 40, e que sofreu significativas limitações ao longo de três ordens constitucionais que se substituíram, chegando ao presente contexto político-normativo, orientado pela Constituição Federal de 1988.

Naturalmente, após quase sete décadas de vigência, o Código de Processo Penal (CPP) recebeu inovações que, no entanto, mantiveram relativamente intocada a sua estrutura básica, fundada num modelo de processo classificado pelos estudiosos como misto inquisitório-acusatório, que inclui um procedimento investigatório preliminar (o inquérito policial); relativa liberdade probatória e procedimental do juiz (em nome de uma almejada “verdade real”); além de baixíssima participação da vítima e da sociedade, representadas pela instituição do Ministério Público.

Ocorre que a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 – a chamada Reforma do Poder Judiciário – despertou atenção da sociedade e do parlamento para a necessidade de complementação dos renovados dispositivos constitucionais, o que levou ao presente fenômeno de alteração dos diplomas processuais civil e penal, percebidos como a verdadeira fonte de várias distorções difusamente sentidas pela coletividade.

Pois bem, neste contexto se inserem as Leis federais de números 11.689, 11.690 e 11.719, todas de junho de 2008 e que, efetivamente, trouxeram inúmeras modificações tanto nos ritos processuais quanto em institutos até então consagrados.

Este artigo enfocará os contornos da participação da Advocacia-Geral da União (AGU), instituição essencial à Justiça criada pela Constituição Federal de 1988, no contexto dos novos procedimentos criminais, papel relativamente desconhecido da atividade da advocacia pública (não apenas da área federal), bem como esclarecer aos operadores do Direito a real amplitude das atribuições desta nem tão jovem instituição jurídica.

A Advocacia-Geral da União na vigente Ordem Constitucional

Antes de ingressar no debate acerca da posição a ser ocupada pelos órgãos da AGU no processo penal, faz-se necessário traçar breve histórico da entidade, pouco conhecida dos operadores do Direito no Brasil. Ainda no

período colonial, durante o reinado de **Don Felipe**, a defesa dos interesses da Coroa era confiada ao Procurador dos feitos da Coroa, da Fazenda, e do Fisco. Mesmo após a independência, este papel era exercido pelo mencionado Procurador, ao qual fora reservada a iniciativa penal geral, exceto nos crimes políticos (cuja acusação pertencia à Câmara dos Deputados), a teor do art. 48 da Constituição de 1824⁽¹⁾.

Mais adiante, já na República, as atribuições do Procurador da Coroa passaram ao Procurador-Geral da República (art. 58, § 2º da Constituição de 1891), então designado dentre um dos membros do Supremo Tribunal Federal, cabendo à Lei nº 221/1894 o detalhamento de suas atividades. Naquela lei, incumbiu-se ao Ministério Público a representação do Estado perante juízos criminais e civis, funcionando assim no pólo ativo como no passivo, numa atuação bifronte que seria mantida até a entrada em vigor da Lei Complementar nº 73/1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, aplicando o disposto no art. 131 da Constituição de 1988⁽²⁾.

Esta mudança de paradigma decorreu de intensos debates na Assembleia Nacional Constituinte, e deveu-se à percepção de que a defesa judicial do Estado muitas vezes se contrapunha à crescente representação dos interesses coletivos que assumiam, então, relevante parcela dos recursos do Ministério Público, sobretudo após a Lei nº 7.347/1985, que disciplinou a ação civil pública, redefinindo a proteção de interesses difusos e coletivos⁽³⁾. Observado este histórico, fica mais claro o objetivo do art. 131 da Constituição, ao prescrever que a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Foi certamente considerando esta nova configuração institucional que o constituinte de 1988 inseriu no art. 129, IX, da novel Carta Republicana, disposição que expressamente veda ao Ministério Público o exercício de quaisquer atividades de representação judicial e consultoria jurídica a entidades públicas⁽⁴⁾, suprimindo a constitucionalida-

de de dispositivos ainda “positivados” no ordenamento processual penal, como veremos.

A Reparação dos Danos às Vítimas, e sua Postulação em Juízo

Como se adiantou na introdução deste artigo, uma das mais interessantes modificações constantes da reforma processual trazida pela Lei nº 11.719/2008, foi a inserção, no

Naturalmente, após quase sete décadas de vigência, o Código de Processo Penal (CPP) recebeu inovações que, no entanto, mantiveram relativamente intocada a sua estrutura básica...

art. 387 do CPP, de um novo inciso IV, que prevê, já no momento da sentença condenatória, que o juiz (...) *fixará o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*. E, numa sequência lógica, acresceu parágrafo único ao art. 63 do mesmo Código, para

deixar claro que, transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV, do art. 387, sem prejuízo de ulterior processo de liquidação civil, para a apuração do dano efetivamente sofrido e que, presume a lei, possa ser superior àquele mínimo da sentença criminal.

Conquanto seja matéria já tradicional no Direito Brasileiro a reparação civil dos danos causados pelo crime, são relativamente recentes os esforços de maior inclusão das vítimas no processo penal. Segundo **Meirelle Delmas-Marty**, foi a partir dos anos 60 (nos EUA), e 70 (na Europa), do Século XX, que se assiste a uma reconsideração do papel da vítima no processo penal, normalmente limitado à participação como testemunha, para assegurar-lhe um conjunto de ações de assistência direta, ou para viabilizar a reparação material do dano⁽⁵⁾.

Portanto, verifica-se que esta parte da reforma processual penal afina-se com tendências mundiais de valorização da vítima na seara criminal, sendo desnecessário ressaltar que esta vítima poderá caracterizar-se tanto como pessoa física, quanto como pessoa jurídica, dada a indispensável organização dos meios econômicos e tecnológicos, como forma de progresso da humanidade.

Sobre os efeitos civis da sentença penal, ensina tradicional doutrina que o poder de decidir imperativamente, de titularidade do Estado, é uno e indivisível⁽⁶⁾, deduzindo da unidade da jurisdição uma das justificativas para o reconhecimento de efeitos civis à sentença penal condenatória⁽⁷⁾, sendo de se mencionar, ainda, o pensamento de **Botelho de Mesquita**⁽⁸⁾, para quem existe um julga-

mento cível implícito nas sentenças penais, situação em que o autor penal (MP), age como substituto processual do ofendido, na fase de conhecimento.

Ocorre que, da redação original do Código de Processo Penal, ainda constam os arts. 142 e 144, atribuindo ao Ministério Público a promoção das medidas reparatórias cíveis, quando forem interessados a Fazenda Pública ou pessoas desprovidas de recursos materiais, em complementação ao que já determina o art. 68 do CPP. Entretanto, à vista das já mencionadas inovações da Constituição Federal de 1988, parece restarem incompatíveis estas atribuições da instituição Ministerial com o dispositivo expresso da parte final do art. 129, IX, CF.

Vale ressaltar que este embate já foi, ao menos em parte, analisado pelo Supremo Tribunal Federal, no que se refere à legitimidade ativa do Ministério Público para promover ação civil *ex delicto* em favor nos necessitados, nos autos do Recurso Extraordinário 135.328. Naquele momento, o plenário da Corte Suprema reconheceu a inconstitucionalidade progressiva do art. 68 do CPP, contrastado ao art. 129, IX, C.F., entendendo que o dispositivo do CPP não fora recepcionado pela ordem constitucional vigente, mas, em virtude da “juventude” das Defensorias Públicas, ainda desestruturadas, o Ministério Público poderia exercer a representação civil dos necessitados, até quando institucionalizadas as defensorias.

Pois bem, pelos fundamentos daquela decisão, reproduzidos em outras que se lhe seguiram, a constitucionalidade da atuação ministerial na representação dos interesses das entidades públicas igualmente não pode subsistir, sobretudo em face da constatação de que, ao contrário das Defensorias Públicas, estão plenamente instituídas e em funcionamento tanto a Advocacia-Geral da União quanto suas homólogas estaduais.

Assim sendo, e tendo em vista as inovações da Lei nº 11.690/08, que introduziu os §§ 2º e 3º, do art. 201 do CPP, deverão ser intimados os órgãos de representação processual da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 38 da LC nº 73/93, e 6º da Lei nº 9.0298/95, sempre que puder resultar da condenação criminal a obrigação de indenizar a União ou entidades vinculadas, para que venham aos autos e promovam a recomposição de seus patrimônios, inclusive manifestando eventual interesse em assistirem à acusação, como, de resto, já determina o art. 26 da Lei nº 7.492/86⁽⁹⁾ (Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional).

Aliás, convém notar que o Anteprojeto de Código de Processo Penal em tramitação pelo Senado Federal já incorporou, conquanto de forma truncada, o procedimento de intimação do “chefe do órgão de defesa judicial” das pessoas jurídicas de Direito Público, para que se manifestem quanto aos prejuízos de índole patrimonial.

NOTAS

- (1) **MACEDO, Rommel.** *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008, p. 43.
- (2) Op. Cit. p. 43.
- (3) **GINOVER, Ada Pellegrini.** Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *Revista de Processo* nº 97, pp. 09-15, São Paulo: Ed. RT.
- (4) Art. 129, IX, CF: *São funções institucionais do Ministério Público: (...) IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.*
- (5) **DELMAS-MARTY, Meirelle.** *Os Grandes Sistemas de Política Criminal*. Barueri: Manole, 2004, pp. 135-137.
- (6) **OLIVEIRA, Eugênio Pacelli.** *Curso de Processo Penal – 10ª Ed.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 165.
- (7) **ASSIS, Araken de.** *Eficácia Civil da Sentença Penal – 2ª Ed.* São Paulo: RT, 2000, p. 32.
- (8) **MESQUITA, José Inácio Botelho de.** Da Autoridade Civil da Coisa Julgada Penal in *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 233-243.
- (9) Atente-se para o fato de que, embora a Lei se refira especificamente ao Banco Central do Brasil, e à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), ambas as autarquias, por expressa determinação constitucional – art. 131, CF – tem seus órgãos jurídicos vinculados à Advocacia-Geral da União.

Luiz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro

Advogado da União, especialista em direito penal e processual penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, mestre em direito constitucional e doutorando em direito internacional pela Universidade de São Paulo.

A “DENÚNCIA ANÔNIMA” NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Gustavo Henrique Moreira do Valle

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a experiência no foro criminal tem revelado ser extremamente comum o início de persecuções penais em virtude de *notitia criminis* anônima, na maioria das vezes realizada por meio do “Disque Denúncia”, também conhecido como “Disque 181”, serviço implantado pela Secretaria de Estado de Defesa Social do Estado de Minas Gerais em parceria com o Instituto Minas pela Paz.

Unificando, no ponto, a Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais e o Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Minas Gerais, esse serviço ostenta os moldes atuais desde o início do ano de 2008.

Para se ter uma ideia de sua utilização, destaca-se, com base em dados fornecidos pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (Disponível em: <<http://www.sesp.mg.gov.br/internas/noticias/materias/NOT-00728MAR2008.php>>. Acesso em: 27 fev. 2009), que, nos primeiros três meses de funcionamento, o serviço recebeu cerca de trezentas e noventa mil ligações, sendo que,

desse total, doze mil, quinhentas e trinta e seis “denúncias” foram encaminhadas para investigação, resultando em cento e noventa e cinco pessoas presas, trinta e seis adolescentes apreendidos e trinta e nove foragidos da Justiça recapturados.

Cuidando-se de tema rotineiro na administração da justiça criminal, é de se indagar, então, qual o valor da *notitia criminis* anônima no processo penal brasileiro.

Inicialmente, ressaltam-se as brilhantes palavras de **José Frederico Marques** a respeito do tema: “*No direito pátrio, a lei penal considera crime a denúncia caluniosa ou a comunicação falsa de crime (Código penal, arts. 339 e 340), o que implica a exclusão do anonimato na notitia criminis, uma vez que é corolário dos preceitos legais citados, a perfeita individualização de quem faz a comu-*

nicação de crime, a fim de que possa ser punido, no caso de atuar abusiva ou ilicitamente. Parece-nos, porém, que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando a delação anônima lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. Se, no dizer de G. LEONE (Giovanni Leone, in Ugo Conti, ob. cit., vol. I, p. 565), não se deve incluir o escrito anônimo entre os atos processuais, não servindo ele de base à ação penal, e tampouco como fonte de conhecimento do juiz, nada impede que, em determinadas hipóteses, a autoridade policial, com prudência e discrição, dele se sirva para pesquisas prévias. Cumprilhe, porém, assumir a responsabilidade da

Unificando, no ponto, a Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais e o Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Minas Gerais, esse serviço ostenta os moldes atuais desde o início do ano de 2008.

abertura das investigações, como se o escrito anônimo não existisse, tudo se passando como se tivesse havido **notitia criminis inqualificada** (Elementos de Direito Processual Penal. Vol. I. 2ª edição, atualizada. Campinas: Millennium, 2000, pág. 147).

A chamada "denúncia anônima" é admitida no direito brasileiro, não estando alcançada pela cláusula proibitória prevista no inciso IV do art. 5º da Constituição, pois, como esclarece o ministro **Carlos Ayres Britto**, "há uma distinção entre manifestação de pensamento e delação anônima para fins penais", sendo que "a manifestação do pensamento é a veiculação de algo elaborado pela mente; é o produto de uma reflexão; logo, traduz-se numa doutrina, tese, crítica, ponto de vista ou opinião racionalmente fundamentada", ao passo que "delações anônimas na esfera penal não passam de simples notícias de fatos empíricos, legalmente descritos como infrações penais" (excertos do voto proferido no *habeas corpus* nº 84.827/TO, 1ª Turma, rel. min. **Marco Aurélio**, j. em 07.08.07).

Cuida-se, caso adequadamente compreendido, de importante instrumento para o

combate à criminalidade que assola o Brasil, tendo em vista que o anonimato possibilita a preservação da integridade física e psíquica do denunciante e de sua família, resultando, destarte, em maior participação da população na repressão dos delitos.

Contudo, se é certo que a delação apócrifa não está alcançada pela vedação inserta no inciso IV do art. 5º da Constituição, não menos certo é que essa delação não se presta, por si só, a ensejar a instauração de um procedimento formal de investigação ou a embasamento penal, prestando-se, apenas, se revestida de seriedade e concretude (o que afasta os "denuncismos" irresponsáveis), a justificar, pela polícia, a realização de diligências investigatórias, com discrição e comedimento.

Caso a delação anônima resulte na coleta de elementos de informação relacionados a algum delito, esses elementos poderão ensejar a instauração de um procedimento investigativo formal, bem como o ajuizamento de uma ação penal, não havendo que se falar em sua ilicitude a pretexto de aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada (§ 1º

do art. 157 do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei nº 11.690/08), haja vista que a delação apócrifa não revela, por si só, conforme demonstrado, ilicitude.

Contudo, é de se destacar que a delação anônima, enquanto elemento embrionário da investigação criminal, não pode ser valorada como prova no processo penal em desfavor do réu, haja vista que constitui elemento meramente informativo (o que atrai a incidência da vedação prevista no art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 11.690/08), bem como o anonimato impede que o acusado se defenda, adequadamente, dos fatos articulados na *notitia*, cerceando, assim, seu direito constitucional à ampla defesa.

Enfim, é esse, segundo cremos, o tratamento que se deve dar à questão da "denúncia anônima", cuidando-se, como se vê, de instrumento importante, mas de valor relativo, para o combate à criminalidade no Brasil.

Gustavo Henrique Moreira do Valle
Juiz de Direito - MG.

DELAÇÃO ANÔNIMA E INVESTIGAÇÃO POLICIAL PRELIMINAR: CRÍTICA AO POSICIONAMENTO DO STF

Rafael Serra Oliveira

A possibilidade de instauração de persecução penal fundamentada em delação anônima sempre foi tema controverso, no entanto recente decisão liminar do Pretório excelso sobre a matéria começou a esclarecer a questão no sentido de i) vedar a *persecutio criminis* com base exclusivamente em delação anônima; mas permitir ii) que a peça apócrifa autorize *investigação informal* para verificar sua autenticidade⁽¹⁾.

Cabe, pois, analisar o posicionamento da Suprema Corte à luz da Constituição e do ordenamento jurídico pátrio que impõem limites à investigação e à atuação dos agentes estatais – principalmente na esfera criminal –, como forma de manter a tranquilidade social e possibilitar ao próprio Estado apurar eventuais abusos cometidos por seus membros.

1. Vedação da delação anônima

Analisando a legitimidade das denúncias apócrifas sob a ótica constitucional, salta à vista a vedação ao anonimato (art. 5º, inciso IV) que, aliada à motivação das decisões judiciais (artigo 93, IX) e à publicidade dos atos processuais (art. 5º, inciso LX), legitima a atuação do próprio Estado e garante à sociedade a fiscalização e controle das ações estatais.

Ausentes essas garantias, não há nem que

se falar em persecução penal, pois, como já enfaticamente asseverado no Supremo, "*peca este processo pelo nascimento, em si, no que decorreu – repito – de um ato a ser excomungado, ou seja, de uma 'denúncia' anônima*"⁽²⁾.

Em ato de normatização interna, aliás, o próprio STF vedou críticas e denúncias anônimas no seu serviço de ouvidoria (artigo 5º, II, da Resolução STF nº 361/2008) e julgou inconstitucional⁽³⁾ expressão do art. 55, § 1º, da Lei 8.443/92, que viabilizava "*o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia formulada no Tribunal de Contas da União*".

Impossível, diz a Suprema Corte, iniciar-se um procedimento criminal baseado exclusivamente em peça apócrifa.

2. Investigação policial preliminar

Aquela mesma decisão monocrática sobre a validade das denúncias anônimas, contudo, e como logo no início já se indicou, não se limita ao que se discutiu até aqui e, ao arrepio das garantias entabuladas no texto constitucional, permite ao Poder Público adotar *medidas informais* destinadas à apuração da denúncia anônima.

É isso mesmo: veda-se a investigação formal – e a segurança jurídica que dela naturalmente decorre –, mas possibilita-se a atuação informal dos agentes públicos, com

a finalidade de promover posteriormente a formal instauração da *persecutio criminis* e, ao mesmo tempo, manter completa desvinculação entre o procedimento e a denúncia anônima.

Com a devida *venia*, discorda-se desse entendimento. Causa espanto a legitimação de uma *investigação informal* a ser efetivada pelo Poder Público sem qualquer lastro, sem qualquer prazo, sem qualquer garantia aos cidadãos.

2.1. Limites da atuação dos agentes policiais: impossibilidade de autorregulação do Estado

Em primeiro lugar, sabe-se que é função do Estado a autorregulação dos seus membros, de modo a garantir à sociedade, pela publicidade dos atos e pela observância à legalidade estrita, "*a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça*"⁽⁴⁾, bem como evitar excessos e arbitrariedades de procedimentos sem previsão legal.

Nessa esteira, **Luis Jiménez de Asúa**, ao dissertar sobre o poder de punir do estado, ensinava que "*El Derecho penal subjetivo no es ilimitado, pues el Estado, en el ejercicio del poder de castigar, tiene que limitarse a sí mismo, fijando el supuesto y el contenido de su actuación*"⁽⁵⁾.

Com todo o acerto, o ministro **Celso de**

Mello – que admitiu a investigação preliminar – afirmou, no julgamento do HC n.º 73.271, que “...a unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desprezar garantias jurídicas que assistem ao indiciado (...). O indiciado é sujeito de direitos e garantias legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilícitamente obtidas no curso da investigação policial”.

Pois bem, como garantir que a investigação informal seja levada a efeito com prudência e discricão – como desejado por todos - se não se sabe ao menos quais atos podem ser realizados nessa fase? Pergunta-se: Pode ser ouvido o suspeito? Caso possa, é garantida a presença do defensor? Podem-se requisitar documentos ou dados? Talvez fazer campana em frente a determinado endereço? E tirar fotos e fazer filmagens?

Mas não é só isso. Agrava-se a situação na hipótese da suspeita não se confirmar e, por essa razão, os atos preliminares deixarem de ser revestidos de formalidade. Nesses casos, será impossível garantir que as diligências sejam realizadas com observância à dignidade da pessoa humana e à formalidade exigida em lei, pois o Poder Judiciário nunca terá a oportunidade de analisar o que foi feito.

2.II. Limites da investigação: inexistência de prazo, abrangência territorial e atribuição de competência

Outrossim, além da falta de controle na atuação dos policiais, os limites da investigação como um todo são colocados em risco. O fato é que ninguém pode ser investigado *ad aeternum*, por prazo indeterminado e por meios desconhecidos. Se o inquérito policial formalmente instaurado tem o prazo legal definido em lei para evitar o constrangimento ilegal da duração desarrazoada das investigações, é nítido que não pode ser considerada legal a *investigação informal*, baseada em denúncia anônima, sem prazo estabelecido.

Advertem **Gustavo Badaró** e **Aury Lopes Jr.** que o direito ao processo penal no prazo razoável está “calcado no respeito à dignidade do acusado, no interesse probatório, no interesse coletivo no correto funcionamento das instituições e na própria confiança na capacidade da justiça...”⁽⁶⁾.

De mais a mais, não é só a limitação temporal que põe em risco a credibilidade desse meio investigativo. Não há aqui qualquer garantia de observância ao limite espacial – onde podem investigar? - e subjetivo – qualquer

policial possui atribuição independente da conduta delatada? E a competência?⁽⁷⁾. E se o alvo for detentor de prerrogativa de foro?

Admitindo-se a *investigação informal*, admitir-se-ia que todos os cidadãos são potenciais alvos de investigação policial indeterminada, sem qualquer baliza que limite o poder estatal. Com fundamento em uma denúncia anônima, um indivíduo passaria a ter o desavisado acompanhamento diário de policiais – abandonem a intimidade – que atuarão sem qualquer controle legal.

2.III. Impotência no combate ao crime: não há como averiguar abuso de autoridade ou autoria de falsa delação

Por outro lado, não é apenas a violação de direitos individuais que emerge como consequência da inexistência de controle da atuação dos policiais e dos limites da investigação, mas também a institucionalização da impunidade, seja dos policiais, seja dos delatores.

Como se sabe, caracteriza-se abuso de autoridade “ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais”⁽⁸⁾. Sendo assim, ou rasga-se a lei e se admite a investigação informal, ou extingue-se de uma vez por todas esse meio espúrio de apuração dos fatos.

Na informalidade não há a menor possibilidade de reprimir eventual abuso de poder, verificar a licitude das provas colhidas ou o respeito à dignidade do investigado. Não há funcionário responsável pelas diligências, nem mesmo obrigatoriedade de documentá-las ou encaminhá-las à autoridade judicial, sequer há numeração que vincule o que foi feito.

Caso seja trilhado o caminho apontado pelo STF ninguém será punido, nem o autor da delação por eventual denúncia caluniosa (art. 339 do CP) ou falsa informação de crime (art. 340 do CP), nem os agentes públicos por abuso de autoridade. Pune-se apenas o malfadado cidadão que *sem saber por que* viu-se na condição de investigado.

2.IV. Ultima ratio do Direito Penal

Além dos pontos acima discutidos, destaca-se a insensatez de conceber que a denúncia apócrifa, incapaz de originar processo administrativo no âmbito do Poder Judiciário (Resolução STF nº 361/2008), e também do Tribunal de Contas da União (Lei n.º 8.443/92), possa surtir efeito na esfera criminal!!

O âmbito penal é a ponta da lança do direito, a extremidade que agride o cidadão de modo mais agudo, causando-lhe enorme

constrangimento e, por isso, é a *ultima ratio*. Se assim é, inconcebível que cubra de legalidade o anonimato vedado constitucionalmente para o início da persecução penal, quando inadmissível nos demais ramos do direito.

Caso adotado o entendimento que vem aos poucos se difundindo nas cortes pátrias, seríamos obrigados a aceitar a seguinte e absurda situação: eventual denúncia anônima de corrupção

contra um funcionário do Poder Judiciário, quando feita na polícia, após *investigação informal*, poderia dar início a uma ação penal, mas, quando feita na ouvidoria do Judiciário, seria rejeitada liminarmente, justamente por ser anônima.

Óbvio ululante que se são inconstitucionais a denúncia anônima e as ações dela derivadas nos procedimentos administrativos, com mais razão, também o são nos procedimentos criminais.

3. Conclusão

Por todo o exposto, não há que se cogitar a instauração da *persecutio criminis* nas hipóteses de peças apócrifas e, com mais razão, deve-se repudiar *investigações informais* – sem previsão legal – que nada mais fazem do que causar alarde, temor e insegurança aos cidadãos.

NOTAS

- (1) HC 100.042/ RO, decisão liminar proferida pelo min. **Celso de Mello**.
- (2) Min. **Marco Aurélio**, quando do julgamento do Inquérito 1.957/PR.
- (3) MS 24.405/DF, Tribunal Pleno, rel. min. **Carlos Velloso**, DJ. 23.04.2004.
- (4) **FERNANDES, Antonio Scarance**. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 72
- (5) *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Buenos Aires: Losada, 1950. p. 54.
- (6) *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 14.
- (7) Abuso de autoridade, artigo 4º, alínea “h”, da Lei 4.898/65: “o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal”
- (8) Art. 4º, alínea “a”, primeira parte, da Lei 4.898/65.

Rafael Serra Oliveira

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

REFLEXÕES PENAIS SOBRE O ICMS

Fábio Tofic Simantob e Carolina de Queiroz Franco Oliveira

Questão controversa no direito penal tributário é saber se o dever ICMS, mesmo declarando-o, configura ou não o crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90.

Quiçá um pouco suspeito para opinar sobre o tema, o site da Secretaria da Fazenda alerta que *“Parte desse montante corresponde ao não pagamento de ICMS retido por substituição tributária, uma infração grave que pode ser considerada apropriação indébita. Nessa hipótese, o contribuinte recebe e declara os valores do imposto pago pelos adquirentes de seus produtos, mas deixa de repassar os respectivos valores ao Fisco. Se considerarem que as responsabilidades dos sócios e administradores das empresas estão claramente definidas, o Ministério Público poderá efetuar de imediato a denúncia criminal à Justiça, uma vez que se trata de débito declarado e não pago”*.

O argumento normalmente usado é o de que, no regime de substituição tributária, por meio do qual o empresário arca com o pagamento do imposto que incide sobre fato gerador futuro (a venda ao consumidor final), o não recolhimento do tributo ao fisco configura espécie de apropriação indébita, vez que se trata de valor cobrado de terceiro e não repassado ao fisco.

A primeira coisa que chama a atenção no ato de declarar imposto, mas não pagá-lo, é a ausência de dolo ínsita à conduta, tão ínsita que dispensa qualquer exame probatório aprofundado, podendo, a nosso ver, ser reconhecida até mesmo nos estertores do inquérito, por meio de *habeas corpus*, se for o caso.

Algumas outras questões, no entanto, merecem destaque no caso específico do ICMS, como a natureza fiscal deste tributo, que o distingue, por exemplo, do INSS, assim também a forma como o mero inadimplemento é tratado na esfera fiscal, sintoma bastante evidente, no caso bandeirante, levando-se em conta a *ultima ratio* penal, da inexistência de crime na conduta do mero devedor. Vejamos uma a uma.

O art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90 incrimina a conduta de *“deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”*.

Até a entrada em vigor do art. 168-A (apropriação indébita previdenciária), o crime transcrito acima era aplicado aos casos de INSS descontado do empregado e não repassado aos cofres públicos pelo empregador.

Com a criação do tipo específico da apropriação indébita previdenciária, há quem entenda que referido artigo caiu em desuso, e outros, que entendem aplicável aos casos

de ICMS declarado e não pago, tanto no caso do contribuinte direto, como no caso da substituição tributária, ao argumento de que o não pagamento significa a apropriação de valor cobrado de terceiro.

Há, no entanto, algumas particularidades que merecem ser destacadas no caso do ICMS e que o distingue do INSS. O salário é estabelecido de antemão pelo empregador, sobre ele incidindo os encargos previdenciários e trabalhistas previstos em lei. Uma vez fixado o salário, não se discute o que é salário e o que é encargo, porque isto é determinado por lei. Diga-se mais, se o empregador optar por não descontar o INSS do salário do empregado, isto passa imediatamente a ser considerado como aumento de salário líquido e o INSS continua sendo devido, mas sobre um outro valor bruto recalculado para mais.

Ou seja, não existe a opção de não descontar do empregado, de modo que o desconto não repassado será sempre considerado uma forma de apropriação (art. 168-A).

No regime de substituição tributária, o empresário é obrigado a pagar o ICMS dele e também o ICMS relativo ao preço final de venda ao consumidor, valor a que se chega por meio de arbitramento estatal (presume-se um preço final de revenda ao consumidor final). É importante dizer, sem embargo, e esta é uma importante diferença entre os dois tributos, que o empresário, **ao contrário do que ocorre no INSS**, tem a opção de repassar ou não este custo ao cliente, embora, repassando ou não, esteja obrigado a pagá-lo.

É por isto que parte da doutrina entende que *“O comerciante que não recolhe o ICMS, dentro dos prazos que a lei lhe assinala, não comete delito algum. Muito menos o capitulado no art. 2º, II, da lei 8.137/90. De fato, ele não está deixando de recolher, no prazo legal, tributo descontado de terceiro. O tributo é devido por ele (em nome próprio). Ele está, simplesmente, incidindo em inadimplemento. Inadimplemento que poderá acarretar-lhe o dever de pagar, além do tributo, a multa, os juros e a correção monetária”*⁽¹⁾.

Este detalhe é por demais importante, porque na verdade coloca esta obrigação tributária no mesmo patamar dos inúmeros outros custos (impostos, despesas com pessoal, aluguel, luz, água, gás...) que, ao final, são implementados ao valor do produto.

Dito de outra forma, diferentemente do INSS, onde há uma precisa distinção entre

o que é salário e o que é tributo, no caso do ICMS esta distinção não pode ser feita, a não ser que se desmonte a engenharia criada na formação do preço final do produto (incluindo outros impostos, como IPTU, IR, COFINS, PIS, além de luz, gás, telefone, aluguel...), no qual, a parcela de contribuição de cada custo é decidida em âmbito exclusivamente privado.

Apenas exemplificando: imaginemos que um industrial já tenha formado o preço de um produto quando recebe a boa notícia de que no último ano as despesas fixas do seu negócio foram reduzidas pela metade. Este empresário resolve repassar

esta redução de custos ao cliente e orienta os vendedores a darem como desconto o valor de ICMS destacado na nota (apenas como uma referência, assim como poderia ter usado a porcentagem de juros do cheque especial ou o desconto do pagamento do IPTU pelo pagamento à vista). É fato que o empresário continuará tendo que pagar o ICMS, embora se saiba que o valor do imposto não integrou o preço final do produto.

Da mesma forma como um produto sobre o qual incide ICMS pode ter o repasse destacado na nota sem que isto tenha sido cobrado efetivamente do cliente, pode acontecer também o contrário, ou seja, que uma empresa que comercializa tanto produtos isentos de ICMS como não isentos, acabe diluindo o valor do imposto no preço de todos os produtos, mesmo naqueles sobre os quais não incide o imposto. Neste caso, o cliente que adquire o produto isento de imposto está pagando um preço maior (parte do ICMS diluído), para que o cliente do outro produto onerado pelo fisco possa ter um desconto. Isto sem falar na hipótese do comerciante ou industrial que faz uma promoção, vendendo o produto pelo preço de custo ou até abaixo. Novamente: haverá o destaque do ICMS, sem que, no entanto, se possa falar em cobrança do imposto.

Conclusão: a equação usada para compor o preço de um produto situa-se na esfera íntima de decisão do empresário, diferente do que sucede no salário, cujas rubricas jurídicas que o compõem são rígidas e não permitem remarcação. Daí porque no INSS o não repasse de valores descontados do salário é apropriação, embora o mesmo não se possa dizer do ICMS destacado na nota!

No caso paulista, há questões de índole

administrativa, que tornam ainda mais evidente a atipicidade penal da conduta. Antes de verificar se uma conduta é crime ou não, é mister verificar o tratamento que esta mesma conduta recebe no ramo próprio do direito que a regula *a priori*, como no caso o tratamento dado ao mero devedor do ICMS no âmbito da administração tributária.

Assim, é sintomático no caso do ICMS paulista que o mero inadimplemento não enseja a lavratura sequer de auto de infração, mas a imediata inscrição na dívida ativa, sem a imposição de qualquer punição no âmbito administrativo fiscal.

Isto porque, o artigo 527 do RICMS prevê um rol taxativo de todas as hipóteses de infração que sujeitam o contribuinte a imposição de penalidade administrativa, mas não contempla neste rol a conduta de declarar imposto e não pagá-lo. A hipótese de inadimplemento vai ser encontrada em

outro dispositivo do regulamento, mais especificamente no artigo 528, onde está prevista apenas a imposição de multa moratória (por atraso no pagamento) e correção monetária⁽²⁾. Ou seja, o mero inadimplemento de ICMS declarado não configura qualquer infração de natureza administrativa!

Sendo assim, lembrando importante postulado penal, segundo o qual, **“as leis criminais, no fundo, antes que uma espécie particular de leis, são sanções de todas as outras”**⁽³⁾, mais do que ser atípica a conduta de declarar ICMS e não pagá-lo, é contra a natureza das coisas socorrer-se do direito penal para punir conduta que não configura, sob a ótica da fiscalização tributária, qualquer infração de índole administrativa.

NOTAS

(1) Carraza, Roque. “O ICMS e o delito capitulado no

art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90. Problemas conexos”, Revista de Direito Tributário – 66, Cadernos de Direito Tributário, pp. 68/69, g.n.

(2) “Art. 528 – O débito fiscal relativo ao imposto declarado ou transcrito pelo fisco nos termos dos artigos 253 e 257 ou à parcela devida por contribuinte enquadrado no regime de estimativa, quando não recolhido no prazo fixado pela legislação, fica sujeito à multa moratória de 20% (vinte por cento) sobre o valor do imposto corrigido monetariamente”

(3) Rousseau. J.J. “Contrato Social”, apud NORONHA. E. Magalhães. “Direito Penal – 1º volume (Introdução e Parte Geral)”. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1968, p. 6.

Fábio Tofic Simantob

Advogado e diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

Carolina de Queiroz Franco Oliveira

Advogada associada ao Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

A POSSIBILIDADE DE COLIDÊNCIA DE DEFESA EM FACE DOS NOVOS RITOS PROCESSUAIS

Rejane Alves de Arruda

Verificando as modificações trazidas pela Lei 11.719/08 aos procedimentos judiciais previstos no Código de Processo Penal, não há dúvidas de que houve expressa consagração do interrogatório como meio de defesa. Isso porque, a partir de então, tal meio de prova passou a encerrar a instrução criminal, oportunizando ao réu o direito de ser ouvido após a inquirição da vítima e das testemunhas, tanto nos procedimentos ordinário (art. 400 CPP) e sumário (art. 531 CPP), quanto no procedimento do Tribunal do Júri (art. 411 CPP).

Tal fato trouxe maior efetividade ao princípio do contraditório, valorizando, sobremaneira, o exercício da autodefesa por parte do réu, mas, em contrapartida, acabou por ensejar situações inusitadas nos feitos criminais em trâmite.

De fato, ante a imputação, deduzida na inicial acusatória, de um certo crime a dois ou mais agentes, cabe ao magistrado, após o recebimento da denúncia ou queixa, determinar a citação para a apresentação da defesa prevista nos arts. 396-A e 406 § 3º do CPP. Em não havendo tal manifestação (arts. 396-A § 2º e 408 CPP) ou não tendo os acusados condições de constituir advogado, será nomeado um defensor para atuar no processo, recaído, em regra, sobre o mesmo patrono, a defesa de todos.

Nenhum problema haverá em circunstância desta natureza se, no momento do interrogatório, os acusados não sustentarem versões ou teses antagônicas, pois, do contrário, será surpreendido o magistrado ao notar que a defesa escrita e a colheita de provas foram

apresentadas e acompanhadas por um único defensor, que patrocina os interesses de réus cujas defesas mostram-se colidentes.

Os tribunais superiores, manifestando-se acerca do conflito de defesa entre acusados, vêm entendendo que tal alegação somente pode ser reconhecida em hipóteses nas quais se comprove que um dos corréus tenha atribuído ao outro a prática da infração penal⁽¹⁾, ou quando o delito tenha sido praticado de maneira que a culpa de um deles exclua a do outro⁽²⁾, exigindo-se, em qualquer caso, a comprovação de efetivo prejuízo⁽³⁾. Tal concepção encontra respaldo na súmula 523 do STF, segundo a qual a falta de defesa, no processo penal, constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houve prova de prejuízo para o réu, em sintonia com a regra *pas de nullité sans grief*, prevista no art. 563 do CPP.

Contudo, ainda que se trate de nulidade relativa, deve o magistrado, na medida do possível, precaver-se, tomando algumas cautelas durante o feito criminal. A simples verificação dos autos de inquérito e a análise das provas ali colhidas podem dar uma diretriz das versões a serem apresentadas pelos acusados, levando à dedução de que serão eles, ou não, uniformes em suas manifestações em relação à infração penal.

Por outro lado, embora o art. 185 § 5º do

CPP advirta que no interrogatório deva ser garantido ao réu o direito de entrevistar-se, prévia e reservadamente, com o defensor, o ideal é que tal oportunidade aconteça antes mesmo da própria audiência de instrução,

a fim de permitir o conhecimento prévio das versões a serem apresentadas e garantir, conseqüentemente, que a colheita de provas seja acompanhada por mais de um patrono.

Claro que não se esqueça aqui da possibilidade de ser inquinada de nulidade a própria defesa escrita apresentada após o recebimento da denúncia, uma vez que tal ato apresenta relevância extraordinária ao permitir a alegação de circunstâncias

(art. 397 CPP) que podem dar cabo, precocemente, a ação penal instaurada.

Nota-se, portanto, que a alocação do interrogatório como último ato da instrução criminal reivindicará do magistrado um maior cuidado com os direitos que decorrem do princípio da ampla defesa, como a defesa técnica promovida por defensores distintos em caso de colidência de defesas e a valorização da entrevista prévia do réu com seu patrono.

O defensor nomeado pelo juiz não deixará de ter sua parcela de responsabilidade no patrocínio dos interesses de dois ou mais corréus, pois o contato pessoal com os acusados lhe permitirá verificar se as versões poderão

Tal fato trouxe maior efetividade ao princípio do contraditório, valorizando, sobremaneira, o exercício da autodefesa por parte do réu, mas, em contrapartida, acabou por ensejar situações inusitadas nos feitos criminais em trâmite.

ser díspares ou contraditórias, a ponto de eximir-se do múnus de promover a defesa de um ou de alguns deles, apresentando motivo imperioso (art. 265 CPP).

Daí se depreende que o fato do legislador ter situado o interrogatório ao final da colheita de provas tem o condão de potencializar os efeitos do princípio da ampla defesa no procedimento judicial, exigindo-se um maior cuidado por parte do defensor que, além de aconselhar o réu no exercício de sua autode-

feza, produzirá manifestação técnica em seu favor. Ao magistrado, como forma de garantir o devido processo legal, restará ficar atento às consequências da nomeação de único defensor a dois ou mais corréus, sob pena de ver reconhecida a nulidade do feito em face da colidência de defesas.

NOTAS

(1) STF - HC 85017/MG - rel. min. **Gilmar Mendes** - Julgamento em 29/05/2007.

(2) STJ - HC 106253/MG - rel. min. **Felix Fischer** - Julgamento em 04/12/2008.
(3) STJ - HC 79533/PE - min. **Laurita Vaz** - Julgamento em 18/09/2008.

Rejane Alves de Arruda

Advogada, doutora e mestre em Direito pela PUC/SP, professora da disciplina de Direito Processual Penal na Graduação e Pós-Graduação da Universidade Católica Dom Bosco e na Escola Superior da Magistratura de Campo Grande, Mato Grosso do Sul.

O SISTEMA PENAL BRASILEIRO É UM APARATO GENOCIDA

Bruno Shimizu

A derrocada das teorias que atribuíam à pena uma função pretensamente ressocializadora e a ascensão de uma ideologia que aponta como objetivo da execução a mera segregação e inabilitação do sujeito encarcerado, bem como o encarceramento em massa, são consequências, na dicção de alguns autores⁽¹⁾, do desmonte do Estado de bem-estar social, tratando-se de fenômeno que ocorre em escala mundial.

A supressão de benefícios securitários e a retirada dos investimentos sobre a prestação de direitos sociais – imperativos da política econômica neoliberal – geram a demanda por uma resposta à intensificação da concentração de renda e aos conflitos sociais decorrentes desse fato. Essa resposta vem pela hipertrofia da face autoritária do Estado que, transformando questões sociais em questões de polícia, cuida da segregação e da estigmatização dos setores da população excluídos do mundo do trabalho e da assistência social pelo próprio movimento do Estado economicamente abstencionista e gerador de miséria. Nesse diapasão, **Wacquant** atribui a esse Estado penal o nome de “Estado centauro”, que possui “cabeça liberal sobre corpo autoritário”, ou seja, trata-se de um Estado que “aplica a doutrina do *laissez faire*, *laissez passer* ao tratar das causas das desigualdades sociais, mas que se revela brutalmente paternalista e punitivo quando se trata de assumir as consequências”⁽²⁾.

Ainda que a hipertrofia do sistema punitivo seja um fenômeno internacional, conforme já mencionado, é fato que seus reflexos são mais drásticos nos sistemas penais marginais, situados em contextos sócio-econômicos nos quais a nova ideologia inabilitante alia-se às precariedades conjunturais e estruturais de que padece o Terceiro Mundo. Nessa esteira, o encarceramento em massa, somado à desídia e à falta de estrutura, permite que se diga que, no Brasil, o sistema penal consiste em um aparato genocida.

A tônica genocida, aliás, é a nota distintiva que separa o sistema penal periférico das realidades verificadas em países centrais, de

modo que o número de mortes provocadas pelos sistemas penais marginais, de acordo com **Zaffaroni**, é o elemento mais notório a propiciar que tais sistemas sejam deslegitimados pelos próprios fatos⁽³⁾.

A Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio, firmada em 1948 e aprovada e ratificada pelo Brasil, define genocídio como a prática de assassinatos, danos graves à integridade física ou mental ou a submissão intencional a condições de existência que ocasionem a um grupo destruição física total ou parcial, dentre outras ações cometidas com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

Nesse diapasão, a atribuição da qualidade de genocida aos sistemas penais periféricos não configura qualquer exagero. O viés genocida do sistema criminal marginal decorre da seletividade da violência penal, que se baseia em um código latente discriminatório (*second code*, metarregras ou *basic rules*) pautado em substratos regionais, econômicos e raciais⁽⁴⁾. Em outras palavras, desde as abordagens policiais até o encarceramento, a clientela sobre a qual recai a violência do sistema é majoritariamente composta por pobres, migrantes, negros e favelados⁽⁵⁾. Aceitando-se que a nova cultura de controle do crime, conforme já visto, tem por objetivo a mera inabilitação e neutralização de segmentos indesejados, sem que se apresente qualquer preocupação mais consistente em relação à garantia dos direitos humanos do indivíduo selecionado pelo sistema penal, tem-se que o sistema penal converte-se em um aparato genocida, responsável por assassinatos e graves danos à integridade dos grupos perseguidos. Por certo, a seletividade da violência não é fenômeno que se constate

apenas nos sistemas marginais; o que justifica a identificação desses sistemas como genocidas é a constatação dessa seletividade aliada à quantidade espetacular de mortes provocadas por esses sistemas durante todas as etapas da persecução criminal e da execução das penas.

A Convenção para a prevenção e a repressão do crime de genocídio, firmada em 1948 e aprovada e ratificada pelo Brasil, define genocídio como a prática de assassinatos, danos graves à integridade física ou mental ou a submissão intencional...

Barcellos sustenta, baseado no cruzamento de fontes oficiais e jornalísticas, que a Polícia Militar tenha matado entre 7.500 e 8 mil pessoas no Estado de São Paulo, entre 1970 e 1992⁽⁶⁾. No que diz respeito às mortes ocorridas durante a execução da pena, Nunes informa que, entre 1999 e 2002, mais de 120 presos foram mortos no Estado de São Paulo apenas durante motins, o que significa que

ocorre, aproximadamente, um “massacre do Carandiru” a cada três anos no Estado⁽⁷⁾. Esse número, por óbvio, é ínfimo quando comparado às centenas de mortes no cárcere ocorridas em outras circunstâncias, seja por situações de violência perpetradas por agentes de segurança e por presos, seja pela ausência de assistência adequada à saúde. Conforme colocado por **Goifman**, no sistema penitenciário brasileiro, a morte aparece como rotina, sendo os internos forçados a aprender a conviver com a constante perspectiva real de morte⁽⁸⁾. Tendo-se em conta que, de todas essas mortes, a quase totalidade das vítimas é composta de negros ou mulatos, migrantes e favelados, tem-se incontestavelmente uma situação de genocídio. As prisões marginais, aliás, afiguram-se como instituições de sequestro peculiares, visto que acumulam a função disciplinar e o caráter genocida, nos moldes dos campos de concentração nazistas, onde a morte do interno coloca-se como consequência – colateral ou objetivada – da atividade institucional de adestramento dos corpos⁽⁹⁾.

Adotando um corte específico na questão

étnica, são nesse sentido as conclusões da pesquisa de **Flausina**, que postula que o genocídio da população negra é um projeto de Estado advindo do processo de abolição da escravatura, momento em que as instâncias penais de controle passaram assumir o papel de contenção das demandas do contingente negro marginalizado, convertendo seus corpos em “corpos matáveis”. Nesse sentido, manifesta-se a autora: “*A apropriação da categoria genocídio para se retratar a realidade brasileira é incontestavelmente devida no que se refere às práticas levadas a cabo para a eliminação do contingente negro. Ou seja, não há o que se discutir quanto à aplicação do conceito quando o foco está direcionado para os efeitos das ações institucionais*”⁽¹⁰⁾.

Ainda que, a princípio, a predileção do sistema repressivo por alguns grupos étnicos, sociais e regionais seja pública e notória, a enunciação do sistema penal brasileiro como aparato genocida tem como finalidade a

desnaturalização da violência institucional. Enxergar um aparato genocida em um sistema no qual os discursos do poder tentam identificar-se com os conceitos abstratos de ordem e de justiça parece ser um primeiro passo para uma emancipação ética; uma emancipação que nos faça começar a procurar novos rumos para as situações-problema que hoje chamamos de “questão penal”.

NOTAS

- (1) Nesse sentido, por exemplo, são as reflexões de **David Garland**. **GARLAND, David**. *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. trad. esp. **Máximo Sozzo**. Barcelona: Gedisa, 2005.
- (2) **WACQUANT, Loïc**. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. trad. port. de **Eliana Aguiar**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 55.
- (3) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. trad. port. de **Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pp. 38-40.

- (4) **BARATTA, Alessandro**. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. trad. port. de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, pp. 104-106.
- (5) **SHECAIRA, Sergio Salomão**. *Tolerância zero*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 17, n. 77, 2009, pp. 274-275.
- (6) **BARCELLOS, Caco**. *Rota 66: a história da polícia que mata*. 7ª ed. São Paulo: Record, 2006, p. 167.
- (7) **NUNES, Adeildo**. *A realidade das prisões brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 157.
- (8) **GOIFMAN, Kiko**. *Valetes em slow motion: a morte do tempo na prisão: imagens e textos*. Campinas: UNICAMP, 1998, p. 100.
- (9) **FOUCAULT, Michel**. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. trad. port. de **Raquel Ramallete**. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, pp. 143-161.
- (10) **FLAUSINA, Ana Luíza Pinheiro**. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 136.

Bruno Shimizu

Defensor Público do Estado de São Paulo,
Mestrando em Criminologia pela USP

PARTICIPE POR ACREDITAR

VI CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU

O Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu - **IDPEE**, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - **IBCCRIM**, reunirão mais uma vez professores portugueses e brasileiros, para discussão de teses na área do Direito Penal Econômico. O Curso será realizado entre os dias 29 de julho e 18 de setembro de 2010. O Certificado do Curso de Pós-graduação em Direito Penal Econômico e Europeu será conferido pela Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito do Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu.

Confira a programação abaixo:

29.07 (quinta-feira)	Hugo de Brito Machado	Razões da Criminalização do Ilícito Tributário
30.07 (sexta-feira)	Maurício Zanoide de Moraes	Direito Penal Econômico: questões processuais penais
31.07 (sábado)	Heloisa Estellita	Criminalidade da Empresa e Organização Criminosa
05.08 (quinta-feira)	Rodrigo Sanchez Rios	Lavagem de Dinheiro e Recebimento de Honorários Advocatórios: Questões de Dogmática Jurídico Penal e de Política Criminal
06 e 07.08 (sexta-feira e sábado)	Nuno Brandão	Ilícito Penal Ilícito Administrativo nas Infrações Penais Econômicas
12.08 (quinta-feira)	Celso Vilardi	Lavagem de Dinheiro
13.08 (sexta-feira)	Andrei Zenkner Schimidt	Objeto e Características do Direito Penal Econômico
14.08 (sábado)	Flávio Cruz	Crimes Financeiros: sobreposição de espaços normativos e releitura da Lei 7.492/86
19 e 20.08 (quinta e sexta-feira)	Susana Aires de Sousa	Direito Penal Econômico e Direito Penal da Empresa
21.08 (sábado)	Jorge de Figueiredo Dias	O Direito Penal Econômico Frente a Crise Econômica Financeira Atual
21.08 (sábado)	José de Faria Costa	Análise das formas (ou a análise das “formas do crime”: em especial, a tentativa)
02 e 03.09 (quinta e sexta-feira)	Cláudia Maria Cruz Santos	White Collar Crime e Justiça Penal A Corrupção
09 a 11.09 (quinta-feira a sábado)	Anabela Miranda Rodrigues	Criminalidade Organizada e Direito Penal do Ambiente
16 a 18.09 (quinta-feira a sábado)	Manuel da Costa Andrade	Fraude de Subvenções Crimes Fiscais

Mais informações no **Portal IBCCRIM**. **Contato:** www.ibccrim.org.br ou na Seção de Produção Científica: curso@ibccrim.org.br ou telefone: (11) 3105-4607 ramal 131.

ÚLTIMOS DIAS PARA INSCREVER-SE NO LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 2010

Até o dia **17 de março de 2010** é possível inscrever-se para o processo seletivo da **9ª Edição do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM**, um programa de iniciação científica destinado a estudantes do 3º ao 5º ano das faculdades de Direito. Ao longo do curso serão abordadas questões atuais de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Política Criminal.

O Laboratório é gratuito para os alunos associados. O regulamento para participar do Laboratório de Ciências Criminais já se encontra no **Portal IBCCRIM**. Mais informações podem ser obtidas em www.ibccrim.org.br, e-mail (laboratorio@ibccrim.org.br) ou telefone (11 - 3105-4607, ramal 156).

EM MARÇO DE 2010, AS MULHERES ESTARÃO EM MARCHA

Isadora Brandão A. da Silva

Trata-se da “Marcha 2010”, que ocorrerá entre os dias 8 e 18 de março, de Campinas a São Paulo, e marca o centenário da instituição do Dia Internacional da Mulher.

As mulheres caminharão juntas para resgatar a origem do 8 de março, que remonta à II Internacional das Mulheres Socialistas e a um período de intenso protagonismo político das mulheres; massificar o engajamento na luta feminista e re-significá-la através do incentivo à solidarização internacional das mulheres e, por fim, constituir-se como um processo de formação política que permita às mulheres realizar a leitura das relações sociais vigentes entre os sexos, para identificar as práticas sociais que determinam a sua dominação e sobre-exploração, no marco da nova configuração da divisão sexual do trabalho Dessa forma, busca-se contribuir para que as mulheres se identifiquem enquanto sujeito político de uma nova práxis, apto a formular as táticas da luta social em prol da igualdade entre homens e mulheres.

Dentre os quatro eixos temáticos eleitos para compor a formação política das marchantes e orientar a sua plataforma de ação, cumpre aprofundar brevemente o debate acerca dos eixos “Paz e Desmilitarização” e “Violência contra as Mulheres”, tendo em vista a sua intersecção com discussões que pautam permanentemente a agenda do IBCCRIM.

Aqui, o Núcleo de Pesquisa pretende cumprir, timidamente, o seu papel de ponte de diálogo entre o Instituto e os movimentos sociais, visando contribuir para que a militância de seus associados em prol dos direitos humanos não esteja descolada das demandas concretas e do sentido das lutas sociais de seu momento histórico.

No que diz respeito ao eixo “Paz e Desmilitarização”, as convergências preliminares dos encontros de preparação da Marcha 2010 apontam para conferir visibilidade aos impactos diretos e específicos da militarização na vida das mulheres, associando-a ao modo-de-produção capitalista e ao sistema patriarcal que naturalizam o exercício da violência.

A militarização tem sido legitimada pelos Estados mediante o recurso a duas vias de manipulação ideológica. Uma delas é o discurso do combate ao terrorismo, em nome da defesa da segurança nacional e da soberania dos povos. A segunda via é o discurso do combate ao crime organizado e ao tráfico de drogas, em nome da garantia da segurança pública - alçada ao *status* de política pública mais relevante -, sendo o inimigo identificado nas classes sociais marginalizadas, alvo da imposição de condições de trabalho precarizadas, da contingência da economia

informal, da sub-remuneração do trabalho assalariado e potencialmente insubmissas à nova ordem econômica. Em ambos os casos, a militarização serve à tutela dos interesses das classes dominantes e, portanto, dos homens brancos, seja em seus projetos imperialistas, seja quando busca neutralizar as classes sociais refratárias à ordem econômica e a moral do trabalho vigentes.

A militarização, empreendida a serviço da guerra, amplia largamente o poder social dos homens nos termos do papel que desempenham no patriarcado. Primeiramente porque reforça as instituições militares, as quais, para além de serem estritamente masculinas, estão fundadas em relações hierárquicas, no culto à obediência incondicional, na banalização da violência física e no corporativismo que legitima o exercício arbitrário de poder e a corrupção. Em suma, tratam-se de instituições anti-democráticas, incongruentes com o exercício das liberdades públicas e pautadas por um paradigma androcêntrico de socialização.

Ademais, a militarização confere aos homens, protagonistas das guerras, o monopólio do uso das armas, agravando a vulnerabilidade das mulheres nas zonas de conflito. Nesse sentido, as guerras aumentam as ocorrências de violência doméstica e, não só isso, valem-se do recurso ao estupro massivo de mulheres. Isto porque as mulheres são equiparadas ao território em disputa nos conflitos, isto é, aos objetos de propriedade do inimigo. Disso decorre que são estupradas para promover a desmoralização e a desonra do inimigo, afirmando para os seus “proprietários” o poder dos soldados vitoriosos.

Relativamente à militarização da segurança pública, temos que ela amplia o poder social dos homens que controlam o aparato policial. Por certo que a violência policial, exacerbada pela militarização, recai seletivamente sobre os homens, -notadamente os jovens e negros da periferia -, tendo em vista que o direito penal é um sistema específico de controle das relações de trabalho produtivo e incide, a priori, na esfera pública, campo privilegiado de realização dos papéis sociais atribuídos aos homens.

Todavia, há que se considerar os drásticos efeitos da violência policial na vida das mulheres pobres e negras da periferia que perdem seus filhos, companheiros, irmãos etc. pela ação dos agentes do Estado. Restam, essas mulheres, absolutamente desamparadas no

que toca à apuração dos crimes que vitimaram seus familiares e à consequente responsabilização dos seus perpetradores, dada a convivência dos operadores do sistema de “justiça” criminal face às ilegalidades cometidas por agentes estatais. Nesse sentido, as mulheres são obstadas em sua tentativa de acesso à justiça, posto que a incidência seletiva do sistema punitivo sobre seus familiares tem como contraface a imunização penal dos homens que integram as instâncias policiais.

Ademais, a maximização do Estado Penal, da qual a militarização é um importante componente, é indissociável da redução do Estado econômico e da precarização das políticas públicas. Disso decorre a imposição de uma sobrecarga de trabalho às mulheres. Como o desempenho do trabalho doméstico e de cuidados é social e historicamente atribuído às mulheres, o vácuo de políticas públicas nas áreas de educação, saúde, assistência social etc. implica na (re) privatização dessas atividades, que voltam a ser por elas desempenhadas e acumuladas a outras jornadas de trabalho assumidas. Portanto, o único contato das mulheres pobres com o Estado se efetua através da polícia, a qual, crescentemente militarizada, tende a ser cada vez mais brutal e letal em suas ações.

A cultura da paz reivindicada pelas mulheres significa mais do que o pleito pela ausência de guerra. Implica na exigência de que os seus direitos não sejam anulados pela lógica da excepcionalidade invocada em momentos de conflito. Ainda, exige a garantia da sua participação nos processos de negociação e construção da paz, a redução do montante dos orçamentos públicos destinados aos gastos com armamentos de guerra e a punição, nos termos do devido processo legal, dos agentes do Estado pelas arbitrariedades cometidas nas zonas de conflito, aí inclusas as favelas, conferindo especial respaldo e credibilidade aos depoimentos das vítimas.

O pleito por paz, portanto, não se identifica com a tutela da ordem em favor das classes dominantes, vale dizer, não pretende servir como forma de mascarar os antagonismos sociais latentes para manutenção do *status quo*. Também não pretende alçar a paz ao *status* de princípio imponderável, independentemente do contexto histórico e dos atores sociais em conflito.

O eixo temático da “Violência contra as mulheres” vem acompanhado de algumas compreensões preliminares acerca desse pro-

As mulheres caminharão
juntas para resgatar
a origem do 8 de
março, que remonta
à II Internacional das
Mulheres Socialistas e
a um período de
intenso protagonismo
político das mulheres

blema, a principal delas é a de que a violência contra as mulheres é componente estrutural e inerente aos sistemas capitalista e patriarcal.

A violência contra as mulheres constitui uma forma de exercer o controle sobre o corpo, a sexualidade e a vida das mulheres e inclui o estupro, o assédio sexual, a prostituição, o tráfico de mulheres, o feminicídio, a pornografia, a esterilização forçada, a lesbofobia, a negação do aborto seguro e das opções sexuais e reprodutivas e a violência doméstica. Ademais, atravessa todas as classes sociais, raças/etnias, credos religiosos e tradições culturais.

A mais comum dessas formas de violência é a doméstica, em suas facetas física, sexual, moral, psicológica e patrimonial. Tal como a reprodução da ideologia dominante serve à manutenção do *status quo*, a violência doméstica contra as mulheres constitui mais um mecanismo, talvez o mais severo deles, de preservação dessas relações desiguais entre homens e mulheres.

Nesse sentido, a violência doméstica contra as mulheres é “justificada” pelos agressores com base na alegação de que estas não estariam cumprindo bem o seu papel de boas esposas, mães e donas de casa, ou seja, se manifesta como instrumento de fixação das mulheres no seu “devido lugar”, dentro do modelo de divisão sexual do trabalho, obstando a sua participação no espaço público. Acrescente-se que não é produto ocasional e episódico do excesso provocado pelo consumo de entorpecentes ou bebidas alcoólicas, diferentemente, é exercida com habitualidade no seio das relações conjugais, familiares ou de hospitalidade, em sede das quais as agressões tornam-se progressivamente mais frequentes e violentas, muitas vezes levando as mulheres à morte.

O movimento feminista aponta o fato de

que o Direito Penal historicamente tem se ausentado de intervir no plano das relações travadas entre os sexos na esfera familiar, delegando ao chefe da família o poder praticamente absoluto sobre o território simbólico e físico do lar, o que denota a legitimação pública da falta estrutural de tutela das mulheres.

Nesse sentido, se reivindica a intervenção penal no âmbito privado, não porque seja suficiente para resolver um problema estrutural, como o da violência contra as mulheres, mas para assegurar, em caráter subsidiário, isto é, demonstrada a ineficácia das políticas públicas preventivas, as suas vidas. Não se trata, portanto, de irracional clamor punitivo orientado pela produção midiática da intranquilidade social, a partir da instrumentalização de vítimas e da exploração de crimes que atingem as elites.

Ademais, a reivindicação pela intervenção penal no âmbito doméstico não implica em ignorar a incidência seletiva do sistema punitivo, nem o caráter excludente da pena criminal, mas coloca o imperativo de que se avance criticamente para além dessas constatações, a fim de incorporar a ruptura epistemológica representada pela teoria feminista.

Vale dizer, a construção de uma compreensão crítica e totalizante acerca da dinâmica de funcionamento do sistema penal, exige que se lance um olhar não apenas para as contradições e antagonismos de classe e de raça/etnia, como também para as relações sociais travadas entre os sexos. Mais que isso, implica no esforço de compreender de que forma essas chaves de dominação-exploração se relacionam e se redimensionam reciprocamente.

Dessa forma, não há contradição do movimento na defesa concomitante da desmilitarização e da tutela penal dos crimes de violência doméstica, muito pelo contrário, esta reflete

a compreensão da dinâmica pela qual opera o sistema de controle penal, seja nos seus conteúdos, seja nos seus não-conteúdos e de que forma se articulam para a reprodução das desigualdades materiais entre os sexos.

Os eixos da marcha 2010 colocam em relevo a discussão sobre o papel do Estado e, mais que isso, sobre as perspectivas e limites da disputa do Estado - e do próprio Direito Penal -, tendo em vista o papel que cumpre no sistema capitalista e patriarcal. Nesse sentido é que a construção política ao longo da marcha não estará pautada apenas pela reivindicação de políticas públicas que incorporem à sua racionalidade a compreensão das desigualdades materiais entre homens e mulheres e o objetivo de combatê-las. Isto porque a capacidade do Estado de promover essas políticas permanecerá limitada enquanto for instrumento político de exercício e manutenção do poder social dos homens, não apenas pela sua composição masculina, mas pela sua estrutura androcêntrica.

O caminho a ser percorrido na busca pela concretização de alternativas a este modelo que oprime as mulheres é longo e seguiremos em marcha até que todas sejamos livres!

BIBLIOGRAFIA

- WACQUANT, Loic.** As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; 174p.
- BARATTA, Alessandro.** O paradigma de gênero: da questão criminal à questão humana. In: Criminologia e Feminismo (Carmen Campos, org). Porto Alegre: Sullina, 1999; p.19-80. <http://www.sof.org.br/acao2010/> - acessado em 31/01/2010.

Isadora Brandão A. da Silva

Estudante do 5º ano do Curso de Direito da Universidade de São Paulo.

Membro do Núcleo de Pesquisa do IBCCRIM.
Membro do Coletivo Feminista Dandara-USP.

PARTICIPE POR ACREDITAR

16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL: FIQUE DE OLHO NAS NOVIDADES!

O 16º Seminário Internacional do IBCCRIM será realizado no período de 24 a 27 de agosto de 2010, no Hotel Tivoli Mofarrej, localizado na Alameda Santos, 1437, Jardins (São Paulo - SP) e você já pode se programar para participar do maior encontro anual das Ciências Criminais na América Latina. A palestra de abertura será conduzida pelo escritor moçambicano **Mia Couto** e, para o evento, já está confirmada a presença dos palestrantes estrangeiros **Bernd Schunemann** (Alemanha), **Sandra Babcock** (EUA), **Ethan Nadelmann** (EUA), **John Vervaele** (Holanda), **Jorge de Figueiredo Dias** (Portugal), **José de Faria Costa** (Portugal), **Luis Arroyo Zapatero** e **José Luis Díez Ripollés** (Espanha). Além disso, dentro as diversas atividades realizadas durante o Seminário, haverá debate sobre a Situação Carcerária, com a presença de **Elias Carranza**, Diretor do ILANUD, e o jornalista **Daniel Scola**. Para mais detalhes, entre em contato com o Departamento de Cursos e Eventos do IBCCRIM por e-mail (eventos@ibccrim.org.br), telefone (11-3105 4607) ou acesse o Portal www.ibccrim.org.br

CONVÊNIO CIENTÍFICO IBCCRIM E UNISANTOS

Com o objetivo de capacitar profissionais para atuação de alto nível técnico profissional na área do direito penal, fomentando o respeito incondicional aos princípios, garantias e direitos fundamentais previstos na Carta Magna, a UNISANTOS e o IBCCRIM promovem Curso de Especialização *lato sensu* em Direito Penal, fruto de convênio científico, que tem por característica principal a expansão de estudos na área penal a fim de enriquecer a competência científica dos alunos, estimulando o desenvolvimento de pesquisas com professores do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Mais informações podem ser obtidas pelo telefone: (13) 3226-0502 ou e-mail: coeae@unisantos.br

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE

ARTIGO 241-C DA LEI Nº 11.829/2008: A PORNOGRAFIA SIMULADA E A QUESTÃO DA OFENSIVIDADE PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

Em 25 de novembro de 2008, foi sancionada a Lei 11.829/2008, no 3º Congresso Mundial de Enfrentamento da Exploração Sexual da Criança e Adolescente, sediado em Jacarepaguá no Rio de Janeiro.

A legislação veio a lúmen após os trabalhos da CPI da pedofilia, instaurada em 2008, inspirada esta nos resultados da Operação Carrossel da Polícia Federal que, em dezembro de 2007, no cumprimento de mais de 100 mandados de busca e apreensão, chegou a suspeitos de envolvimento com a produção e divulgação de pornografia infantil.

O novo diploma, na trilha da reforma encampada já em 2003 através da Lei nº. 10.764, veio a alterar novamente o ECA, modificando a redação dos artigos 240 e 241, e acrescentando novos tipos penais capitulados nos artigos 241-A, 241-B, 241-C e 241-D.

As alterações justificam-se, segundo o próprio preâmbulo da lei, no sentido de aprimorar o combate à produção, à venda e à distribuição de pornografia infantil, bem como de criminalizar a aquisição e a posse de tais materiais, penalizando também outras condutas relacionadas à pedofilia na internet.

À revelia das mudanças de que foram alvos os artigos 240 e 241 e da inserção das novas figuras delitivas, talvez mereça mais atenção a conduta do artigo 241-C, por inovar drasticamente na punição relativa à pornografia infantil e à utilização de meios informáticos para a produção e divulgação desse material.

Assim penalizou o legislador: “Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo”.

O tipo objetivo é claro em descrever a conduta criminoso, consistente no fato de simular, ou seja, representar, fazer aparentar, disfarçar, distorcer ou fingir a participação de crianças e adolescentes em cena de sexo explícito ou pornográfica, por meio de adulteração (falsificação, contrafação, alteração) ou montagem (preparação, construção), de fotografias, vídeos ou qualquer outra forma de representação visual.

A conduta desvenda, nos modernos programas de computador, um novo *modus operandi*

na comissão de delitos atentatórios à dignidade sexual de crianças e adolescentes. As penas de 1 a 3 anos de reclusão e de multa cabem na hipótese daquele que, mediante o emprego da tecnologia de *software*, consegue alterar imagens e vídeos a ponto de modificar substancialmente seus caracteres externos como cenário, personagens, figuras, paisagens etc.

Por ocasião da conduta típica, estende-se a atuação do Direito Penal àquele que, após registrar em filmagens ou fotografias cenas de sexo entre adultos, ou ainda, resolva retratar por tais mecanismos seus próprios momentos de intimidade, adultera posteriormente tais materiais, por meio de programas específicos de informática, capazes de tornar os protagonistas dessas cenas anos mais jovens - modificando seus rostos e corpos até a idade infantil.

A figura cuida da chamada pseudo-pornografia⁽¹⁾, vez que os materiais produzidos não retratam verdadeiramente encenações de sexo explícito envolvendo crianças ou abusos sexuais praticado por adultos (pedopornografia)⁽²⁾, mas tratam-se de mera *simulação*, o que faz surgir questionamentos relativos à ofensividade penal de tal comportamento.

Seguindo o espírito da Lei 11.829, vê-se que a intenção é a tutela penal da dignidade sexual de crianças e adolescentes. Contudo, razoável perceber que em nada protege o bem jurídico o tipo do artigo 241-C, pois em nenhuma circunstância é capaz a conduta incriminada de oferecer dano efetivo ou risco iminente ao referido bem jurídico.

A dignidade sexual⁽³⁾ é o estado ou situação da criança e/ou adolescente em ver-se livre de danos concretos ou potenciais prejuízos à sua intangibilidade sexual. Logo, a proteção penal do bem jurídico em epígrafe se pautaria minimamente em um resultado de perigo que lhe oferecesse riscos, o que não ocorre *in casu*.

As simulações, nos moldes descritos pelo *caput* do artigo 241-C, ou mesmo a posterior divulgação do material simulado, como descreve sua forma equiparada no parágrafo único, não comportam ofensividade hábil a justificar o tipo penal em apreço.

Ações como essas poderiam, não obstante, expor, mediante a divulgação do material simulado, a intimidade ou a privacidade dos adultos que tiveram suas imagens adulteradas. Entretanto, é possível que tanto um quanto outro parceiro sexual consentam, que após a filmagem da relação sexual, seja a gravação submetida às transformações pelo *software*.

Outrossim, como observa Ricardo Lackner⁽⁴⁾, a simulação pode resultar na inserção do rosto de crianças reais em fotografias ou ima-

gens pornográficas que envolvam tão-somente adultos. Mesmo assim, não há lesividade alguma à dignidade sexual do infante, já que o alvo de eventual e futura contemplação erótica é o corpo adulto. O que haveria, ocorrendo a publicação do material, seria a violação a direitos de personalidade, neste caso, relativos à imagem da criança.

Evidente, portanto, que a preocupação central do legislador consiste sancionar as manobras de alguém que saiba ou queira empregar um dado programa de computador a fim de alterar um conjunto de imagens ou fotos, da forma como acima explicitado, em lugar de efetivamente proteger a dignidade sexual de crianças e adolescentes contra atos de pornografia ou estímulo à pedofilia virtual.

Na maioria das vezes, utiliza-se em grande escala da tipificação de figuras sob a categoria de crimes de perigo abstrato e de mera conduta. Neste caso, a predileção pela incriminação do comportamento do artigo 241-C sob a tipologia de perigo presumido, busca antecipar a punibilidade, na crença de que isso possa salvaguardar o bem jurídico de forma mais eficaz.

Pela análise dessa tessitura, vê-se que o Direito Penal caminha a passos largos rumo à expansão⁽⁵⁾ da legitimação do *jus puniendi* a campos que indiscutivelmente deveriam figurar como indiferentes penais. Certamente, no caso da Lei 11.829/2008, a ampliação do direito repressivo se baseia na necessidade de modernizá-lo, para fazer frente aos reclames advindos da chamada sociedade de risco.

Esse novo modelo social, segundo pontifica Pierpaolo Cruz Bottini, é fruto do surgimento de *inovações científicas*⁽⁶⁾ (a exemplo do sistema informático como um todo e da internet) que, *pari passu* seu incremento e evolução, não são acompanhadas por meios que possam conter seus efeitos deletérios. Nesse diapasão, o alto estágio da técnica possibilitou ao homem rejuvenescer sua própria imagem, alterando-a e contextualizando-a em diversas situações.

Acerca dessa tendência, obtempera acertadamente Luis Gracia Martín que o Direito Penal, nessa conjectura, é construído *por um grupo de tipos delitivos com um conteúdo de injusto relativamente homogêneo em virtude do dado comum que em todos eles se constata a realização de condutas que representariam apenas, no máximo, um simples e mero perigo abstrato para bens jurídicos, principalmente individuais*⁽⁷⁾.

Todavia, enquanto os avanços tecnológicos e seu uso não despertam no Direito de *ultima ratio* sua função primordial – a

exclusiva proteção de bens jurídicos – quer por não conter potencialidade lesiva ou mesmo ocasionar danos efetivos –, não pode ao menos a comunidade acadêmica compartilhar com a punição de condutas como esta do artigo 241-C da nova Lei.

Por derradeiro, ante a incontestável inofensividade do tipo e da consequente descaracterização da função precípua do Direito Penal, aguarda-se, *de lege ferenda*, sua devida abrogação.

NOTAS

- (1) Vide: **LACKNER, Ricardo**. Delitos relativos a la pornografia infantil en la Ley 17.815. *Revista de Derecho Penal*. Montevideo, nov./2006, p.457.
- (2) **Inês Ferreira Leite** entende que o termo *pedopornografia* compreende “qualquer representação, por meio, de uma criança no desempenho de actividades sexuais reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais”. Por questões de morfossintaxe, acredita-se que a melhor definição de pedopornografia (pedofilia + pornografia), seriam os atos de pedofilia em geral que são registrados na forma de fotografias, imagens, vídeos - associadas ou não a sons ou escritos - ou outras formas de representação visual - nas mesmas condições - desde que constituam explícito material pornográfico infantil. Vide: **LEITE, Inês Ferreira**. *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria penal da infracção*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 54.

Errata: no artigo *Júri: Decisão Absolutória e Recurso da Acusação por Manifesta Contrariedade à Prova dos Autos – Descabimento* (**Boletim** 207, p. 14), de autoria de Guilherme Madi Rezende, o autor quis se referir à alínea ‘d’ do artigo 593, III, do CPP, e não à alínea ‘d’, como constou do texto publicado.

PARTICIPE POR ACREDITAR

SEU ESCRITÓRIO PODE SER O MAIS NOVO APOIADOR DO 16º SEMINÁRIO INTERNACIONAL!

Escritórios de advocacia de todo o Brasil estão apoiando a realização do 16º Seminário Internacional do IBCCRIM. O seu escritório também pode constar como apoiador deste seminário, que é o maior evento de Ciências Criminais da América Latina. Informações podem ser obtidas na Seção de Comunicação do **IBCCRIM**, pelo telefone (11-3105 4607, ramais 123 ou 175) ou e-mail (comunicacoes@ibccrim.org.br). Confira quem já aderiu a esta parceria!

Almeida Castro Advogados Associados S/S - DF
Azevedo e Azevedo Advogados Associados - SP
Caon & Advogados Associados - SC
Carla Rahal Benedetti Advocacia Criminal - SP
Cavalcanti & Arruda Botelho Advogados - SP
Dias e Carvalho Filho Advogados - SP
DV - Dias Vieira Consultores e Advogados Associados - MA
Eduardo Sanz Advogados Associados - PR
Gamil Föppel Advogados Associados - BA / PE
Joyce Roysen Advogados - SP
Luis Guilherme Vieira Advogados Associados - RJ
Malheiros Filho, Camargo Lima e Rahal Advogados - SP
Maria Elizabeth Queijo e Eduardo M.Zynger Advogados - SP
Milaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente - SP
Moraes Pitombo Advogados - SP / RJ / DF
Odilon Pereira de Souza Advogados Associados - BH
Oliveira Campos Advogados - ES
Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados Associados - SP
Ráo, Pacheco, Pires & Penón Advogados - SP
Reale e Moreira Porto Advogados Associados - SP
Toron, Torihara & Szafir Advogados S/C - SP

- (3) Grande é a discussão no campo doutrinário sobre qual seria o bem jurídico tutelado nas incriminações que envolvam abuso sexual de crianças e adolescentes. As principais teses defendidas são no sentido de tratar-se da *autodeterminação sexual*, da *liberdade sexual*, do *livre desenvolvimento sexual*, da *dignidade sexual* (posição aqui adotada) e da *indenidade sexual*. Acerca desta última posição, vide: **BARBA ÁLVAREZ, Rogelio**. La indemnidad como bien jurídico en el entorno sexual del menor e incapaz. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru, n. 42, p.13-28, jan./abr.2005.
- (4) Vide: **LACKNER**, op.cit, p. 457.
- (5) Vide: **SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María**. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001, p.25.
- (6) Vide: **BOTTINI, Pierpaolo Cruz**. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: RT, 2007, p.33.
- (7) **GRACIA MARTÍN, Luis**. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. **Érika Mendes de Carvalho**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p.47.

Pedro Paulo da Cunha Ferreira

Aluno do 5º ano do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM), monitor de Direito Penal e membro bolsista do Núcleo de Estudos e Defesa de Direitos da Infância e da Juventude (NEDIJ) pela Secretaria de Estado, Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (SETI) do Estado do Paraná.

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

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

■ MATO GROSSO DO SUL

- Associação dos Defensores Públicos de Mato Grosso do Sul
- Associação dos Delegados de Polícia de Mato Grosso do Sul - Adepol/MS

■ MINAS GERAIS

- Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda. - Praetorium

■ PARÁ

- Defensoria Pública do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO DE JANEIRO

- Defensoria Pública Geral do Estado - DPGE

■ RIO GRANDE DO SUL

- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

■ SÃO PAULO

- Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo
- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

ACOMPANHE O IBCCRIM NO **twitter!**
ACESSE WWW.TWITTER.COM/IBCCRIM, CADASTRE-SE E RECEBA POSTAGENS DIÁRIAS.

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS

www.rt.com.br

OBRAS FUNDAMENTAIS PARA SUA CARREIRA

Lançamento



Luiz Manoel Gomes Junior,
 Fernando da Fonseca Gajardoni,
 Luana Pedrosa de Figueiredo e
 Luis Otávio Sequeira de Cerqueira
 224 páginas



Guilherme de Souza Nucci
 4ª edição
 432 páginas



Guilherme de Souza Nucci
 140 páginas



Guilherme de Souza Nucci
 9ª edição
 1246 páginas



Guilherme de Souza Nucci
 128 páginas

Lançamento



Guilherme de Souza Nucci
 1264 páginas



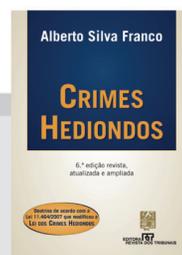
Eduardo Cambi
 528 páginas



Gustavo Henrique Badaró
 2ª edição
 302 páginas



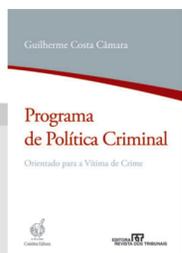
René Ariel Dotti
 3ª edição
 864 páginas



Alberto Silva Franco
 6ª edição
 606 páginas



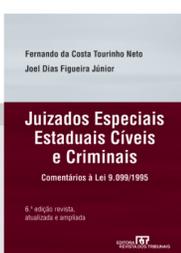
Sérgio Salomão Shecaira
 2ª edição
 384 páginas



Guilherme Costa Câmara
 394 páginas



Alberto Silva Franco e
 Rui Stoco
 8ª edição
 1754 páginas



Fernando da Costa Tourinho Neto
 e Joel Dias Figueira Júnior
 6ª edição
 908 páginas



Guilherme de Souza Nucci
 6ª edição
 1.120 páginas

www.twitter.com/editoraRT

