



Temas Atuais no Direito Penal e Processual Penal

Organizadores

Caroline Fockink Ritt
Eduardo Ritt
Edison Botelho



**TEMAS ATUAIS NO DIREITO PENAL E
PROCESSUAL PENAL**



Reitor

Vilmar Thomé

Vice-Reitor

José Antônio Pastoriza Fontoura

Pró-Reitora de Graduação

Carmen Lúcia de Lima Helfer

Pró-Reitora de Pesquisa
e Pós-Graduação

Liane Mählmann Kipper

Pró-Reitor de Administração

Jaime Laufer

Pró-Reitor de Planejamento
e Desenvolvimento Institucional

João Pedro Schmidt

Pró-Reitora de Extensão
e Relações Comunitárias

Ana Luiza Texeira de Menezes

EDITORA DA UNISC

Editora

Helga Haas

COMISSÃO EDITORIAL

Helga Haas - Presidente

Liane Mählmann Kipper

Ademir Muller

Cristina Luisa Eick

Eduardo Alexis Lobo Alcayaga

Eunice T. Piazza Gai

Sérgio Schaefer

Valter de Almeida Freitas



Avenida Independência, 2293

Fones: (51) 3717-7461 e 3717-7462 - Fax: (051) 3717-7402
96815-900 - Santa Cruz do Sul - RS

E-mail: editora@unisc.br - www.unisc.br/deptos/editora

Organizadores:

Caroline Fockink Ritt
Eduardo Ritt
Edison Botelho

**TEMAS ATUAIS NO DIREITO PENAL E
PROCESSUAL PENAL**

Santa Cruz do Sul
EDUNISC
2009

© Copyright: *Dos autores*
1ª edição 2009

Direitos reservados desta edição:
Universidade de Santa Cruz do Sul

Capa: EDUNISC
Editoração: *Clarice Agnes, Julio Mello*
Revisão da língua inglesa: autores.

T278	Temas atuais no direito penal e processual penal [recurso eletrônico]/ organizadores: Caroline Fockink Ritt, Eduardo Ritt, Edison Botelho. - 1. ed. - Santa Cruz do Sul : EDUNISC, 2009. Dados eletrônicos. Texto eletrônico. Modo de acesso: www.unisc.br/edunisc ISBN: 978-85-7578-260-6
	1. Direito Penal. 2. Processo penal. I. Ritt, Caroline Fockink. II. Ritt, Eduardo. 3. Botelho, Edison.
	CDDdir: 341.5

Bibliotecária: Muriel Esperança Thürmer CRB10/1558

ISBN 978-85-7578-260-6

SUMÁRIO

PARTE I DIREITO CONSTITUCIONAL PENAL

7

CONSTITUIÇÃO, PROPORCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
O DIREITO PENAL ENTRE PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA
Ingo Wolfgang Sarlet

42

THE AMERICAN BILL OF RIGHTS THE GENESIS OF THE WESTERN
CONSTITUTIONALISM
Luiz Inácio Vigil Neto

PARTE II CRIMINOLOGIA

67

A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO E COMPREENSÃO DA VITIMOLOGIA DIANTE DA
VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA AS CRIANÇAS, MULHERES E IDOSOS
Caroline Fockink Ritt, Cláudia Cagliari

PARTE III LEIS PENAS ESPECIAIS

97

NOVA LEI DE DROGAS – Lei nº 11.343/2006
Gilberto Thums

175

A LEI 11.340/06 – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – UM
DESAFIO À JUSTIÇA NO SÉCULO XXI
Pedro Rui da Fontoura Porto

190

O ESTATUTO DO IDOSO E A QUESTÃO PENAL – PRINCIPAIS ASPECTOS
Caroline Fockink Ritt

205

ANOTAÇÕES SOBRE O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E SEUS ASPECTOS
CRIMINAIS
Luiz Egon Richter

226

EVASÃO DE DIVISA E AS PERSPECTIVAS NO CAMPO DA TIPICIDADE: O ALCANCE
DA EXPRESSÃO “DIVISA”.
Paulo Fayet

PARTE IV
DIREITO PROCESSUAL PENAL E PRINCIPAIS INOVAÇÕES

233

O TRIBUNAL DO JÚRI: DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

Eduardo Ritt

242

JÚRI: A CONTROVÉRSIA NA QUESITAÇÃO DA INIMPUTABILIDADE E DOS EXCESSOS CULPOSO E EXCULPANTE

Aramis Nassif

250

DO QUESTIONÁRIO E SUA VOTAÇÃO

Delmar Pacheco da Luz

262

PROVA NO PROCESSO PENAL

Lúcio Santoro de Constantino

274

A REFORMA PROCESSUAL PENAL PRODUZIDA A PARTIR DA LEI N.º 11.719/08 E SEUS REFLEXOS NO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

Fábio Roque Sbardelotto

280

RECURSOS E MEDIDAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL

Juliano Heinen

CONSTITUIÇÃO, PROPORCIONALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO PENAL ENTRE PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA¹

Ingo Wolfgang Sarlet²

“Es una ley estructural de nuestro ser, generalmente a tener en cuenta, aunque también muchas veces olvidada, que en nuestro mundo no se pueden llevar las condiciones al extremo sin que esto se vuelva en su contra y sin que, por eso mismo, las posturas extremas, en tanto parecen enfrentarse entre sí, se contrapongan como teorías complementarias. Por eso, los teoremas extremos tienen algo irreal y utópico en sí mismos.” (Arthur Kaufmann)³

*“Para a cátedra de direito penal:
Em 1986, um deputado mexicano visitou o presídio de Cerro Huego, em Chiapas. Ali encontrou um índio tzotzil que degolara seu pai e fora condenado a trinta anos de prisão. O deputado descobriu que, todo o santo meio-dia, o defunto pai trazia tortilhas e feijão para o filho encarcerado.
Aquele detento tzotzil fora interrogado e julgado em língua castelhana, que ele entendia pouco ou nada, e abaixo de pancada havia confessado ser o autor de um crime chamado parricídio.”* (Eduardo Galeano)⁴

1 INTRODUÇÃO

Num instigante estudo sobre Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo, em que desnuda as origens ideológicas de polêmica entre causalismo e finalismo, Francisco Muñoz Conde refere-se aos chamados “juristas terríveis” (*furchtbare Juristen*), assim designados pela sua colaboração com o nacional-socialismo, ao exercerem papéis destacados na política, na administração da justiça, ou mesmo, no ensino jurídico. Muitos desses juristas (se é que a prática da injustiça é compatível com tal qualificativo) distinguiram-se por terem proferido sentenças especialmente duras, no exercício da função jurisdicional, não raras vezes resultando em pena de morte ou internação em campos de concentração, por fatos de escassa gravidade ou importância, evidenciando até que ponto pode chegar a perversão dogmática, ao utilizar-se de um discurso técnico, pretensamente neutro, atrelado a um positivismo legalista e formalista.

¹ Na elaboração do trabalho escrito, contamos com a decisiva participação (especialmente na parte relativa ao Direito Penal) do eminente colega Jaime Weingartner Neto, ilustre Promotor de Justiça no RS, Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra e Doutor em Direito pela PUC-RS. Pelos seus aportes em termos de sugestões, indicações específicas de literatura e pela sua crítica, não poderíamos aqui deixar de lhe render a pública e justa homenagem. Além disso, registra-se que os exemplos citados, assim como os dispositivos constitucionais mencionados, referem-se, de regra, à Constituição Federal de 1988 (Brasil), de modo geral, identificada pela abreviatura (CF). Ingo Wolfgang Sarlet. Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Estudos de Pós-Doutoramento em Munique (Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional e Universidade de Munique) e Georgetown Law Center (Washington-DC). Professor Titular de Direito Constitucional dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil) e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Juiz de Direito em Porto Alegre, Brasil.

² Dados do Autor.

³ KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 48-9.

⁴ GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 49.

Voltando ao exemplo de Mezger, convém recordar que este, aos cinquenta anos, e no apogeu da fama como penalista, foi nomeado membro da Comissão de Reforma do Direito Penal, no âmbito da qual teve destacada participação. Por exemplo, na reforma do StGB de 28 de junho de 1935, que introduziu a analogia como fonte de criação do direito penal “segundo a idéia básica do Direito Penal e o são sentimento do povo alemão”. Em outubro de 1945, foi afastado de sua cátedra de Munique pelo Governo Aliado e, classificado como colaborador de segunda categoria, chegou a passar algumas semanas preso, em Nüremberg. Em 1948, reconquistou a sua cátedra e, em 1956, recebeu doutorado honoris causa pela Universidade de Coimbra, época em que proferiu algumas conferências na Espanha.⁵

Mais que as vicissitudes de uma época, vale lembrar que das 60.000 penas de morte aplicadas durante o regime nazista, certamente cerca de 40.000 foram pronunciadas por tribunais militares, mas pelo menos outras 16.000 foram ditadas por tribunais civis (sem contar as milhares de internações em campos de concentração).⁶ O colaboracionismo, portanto, evidenciou-se (como ocorreu na maior parte dos regimes ditatoriais, inclusive no Brasil), também, em sentenças desproporcionais, terrivelmente injustas, levando um filósofo do porte de um Gustav Radbruch a purgar as culpas de um positivismo que deixou os juristas alemães ainda mais indefesos, diante das leis cruéis editadas sob a égide do regime nazista do que os próprios militares, em face de ordens evidentemente criminosas, por parte de seus superiores.⁷

Com essa breve referência histórica, objetivamos contextualizar o princípio da proporcionalidade, por sua vinculação à proibição de excesso, tão cruenta e dolorosa na seara penal. Tal princípio acabou transformando-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da correspondente concepção garantista do Direito e, no que interessa ao nosso ponto, do Direito Penal, o que aqui vai tomado como pressuposto de nossa singela investigação. De outra parte, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada, igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente, no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência, no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados.

Sem que se pretenda – nem aqui e nem nos desenvolvimentos subsequentes – promover uma análise exaustiva da casuística jurídico-penal, seja no plano legislativo, seja no concernente à atuação jurisdicional (que também deve obediência ao princípio da proporcionalidade), cuida-se de avaliar, à luz de alguns exemplos, e após uma digressão mínima a respeito de alguns pressupostos teóricos, algumas possíveis incongruências na aplicação do princípio da proporcionalidade (na sua dupla manifestação como proibição de excesso e de insuficiência), tanto no plano da fundamentação quanto na esfera das conclusões adotadas. Entre nós, bastaria lembrar aqui, da polêmica a respeito da inconstitucionalidade da lei dos crimes hediondos (especialmente quando veda a progressão de regime e a liberdade provisória), a questão dos

⁵ Convém lembrar que Welzel não participaria de um Livro Homenagem por ocasião dos 70 anos de Mezger, organizado em 1954, cfe. anota CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 16-36.

⁶ Cfe. CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 39.

⁷ Cfe. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Cinco Minutos de Filosofia do Direito. 6. ed. (revista e acresc.) (trad. Cabral de Moncada). Coimbra: Armênio Amado, 1979. Apêndice II. Entre nós, vale conferir o estudo de AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Limites e justificação do poder do Estado*. Petrópolis: Vozes, 1979. p. 85-190, ao versar sobre o relativismo jurídico, a filosofia de Gustav Radbruch e a experiência “jurídica” na esfera do III Reich.

crimes de perigo abstrato, a controvérsia em torno da constitucionalidade da reincidência, a necessidade de representação nos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ou mesmo as propostas de majoração das penas no caso de porte ilegal de arma de fogo, para que se perceba o quão fecundo é e seguirá sendo o debate.

Assim, mais do que efetuar o aprofundamento dogmático do conteúdo da proporcionalidade, a abordagem aposta na exploração da sua faceta menos debatida entre nós, designadamente, nos principais desdobramentos dos deveres de proteção estatais na esfera jurídico-penal e naquilo que guardam conexão com a noção de proporcionalidade, tudo a partir da análise ilustrativa de algumas decisões, com o intuito de realçar o caráter pragmático da presente intervenção.

Desde logo, é preciso destacar – como fio condutor desta análise – a necessidade de superar moral, jurídica e socialmente, a era dos extremos (que caracterizou o breve século XX, na precisa historiografia de Hobsbawm⁸) de tal sorte a combater tanto o abolicionismo, quanto a intolerável “tolerância zero”. Com efeito, uma leitura constitucionalmente adequada e genuinamente garantista da proporcionalidade não se poderá fazer a não ser no contexto de uma abordagem “mite”, tal qual sugere Zagrebelsky, de acordo com quem caminha-se para um direito da *equidade*, que exige uma particular atitude espiritual do operador jurídico, de estreita relação prática: razoabilidade, adaptação, capacidade de alcançar composições, “em que haja espaço não só para uma, e sim para muitas ‘razões’. Trata-se, pois, não do absolutismo de uma só razão e, tampouco, do relativismo das distintas razões (uma ou outra, iguais são), e sim do pluralismo (uma e outras de uma vez, na medida em que seja possível). Retornam, neste ponto, as imagens de ductibilidade (...)”.⁹ Em termos gerais, verifica-se que a concepção de Zagrebelsky, no que diz com um direito *mite* (a tradução espanhola utilizou o termo *dúctil*), está conectada à configuração de um sistema mais dinâmico, plural e complexo, não deixa de guardar relação com o pensamento de Norberto Bobbio, tal qual exposto no seu *Elogio della mitezza* (o tradutor português optou pelo substantivo *serenidade*)¹⁰. A serenidade, como postulada por Bobbio, é uma virtude *ativa* e uma virtude *social* (ao passo que temperança e coragem seriam virtudes individuais), que se opõe frontalmente à arrogância, insolência e prepotência do homem político,¹¹ guardando, portanto, estreita relação com a postura que pretendemos sustentar neste ensaio.

Renunciando – até mesmo pelas limitações de uma trajetória acadêmica estranha ao universo penal - a uma ingênua tentativa de aprofundamento das complexas questões que subjazem ao debate aqui proposto, anima-nos, todavia, o singelo propósito de contribuir ao menos para a discussão em torno da construção de uma política criminal, e de um garantismo (já que deste não há como abrir mão) verdadeiramente proporcional (e, portanto, sereno), tudo à luz de algumas categorias dogmáticas, e exemplos extraídos do nosso cotidiano, normativo e forense. Antes, contudo, de ingressar nesta análise, importa uma breve referência ao contexto no qual a problemática encontra sua inserção, além de uma definição mínima dos principais pressupostos

⁸ HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 146-7. Para o autor, a relação de tensão entre o caso e a regra “introduz inevitavelmente um elemento de equidade na vida do direito” (p. 148).

¹⁰ Cfe. BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

¹¹ Na definição lapidar de Bobbio, op. cit., p. 35, “sereno é o homem de que o outro necessita para vencer o mal dentro de si”, destacando a serenidade na sua condição de potência, consistindo em “deixar o outro ser aquilo que é”. Mais adiante, Bobbio, após apresentar a serenidade como oposto à arrogância e, nesse sentido, como a “outra face da política”, que ajuda a definir os limites entre o político e o não político (p.42), justifica sua escolha por uma virtude que é a antítese da política, aproximando a serenidade de duas outras virtudes complementares: a compaixão (conectada à misericórdia) e a simplicidade, visando à capacidade de fugir intelectualmente das complicações inúteis e praticamente das posições ambíguas (p. 43-6).

jurídico-dogmáticos do estudo, designadamente a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a correlata teoria dos deveres de proteção, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, bem como a dupla perspectiva (ou como prefere Lênio Streck, da “dupla face”¹²) do princípio da proporcionalidade, como proibição de excesso e de insuficiência.

2 A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVES NOTAS SOBRE O CONTEXTO

Mesmo que não se possa avançar para além de algumas observações de carácter genérico, não há como negligenciar que a temática aqui versada encontra-se inserida e relacionada, com o atual contexto social, económico e político-institucional. Da mesma forma, por mais que se procure evitar discursos de carácter maniqueísta (inevitavelmente sectários e carentes de cientificidade) e mesmo reconhecendo que também a globalização (nas suas diversas manifestações) possui aspectos positivos¹³, limitar-nos-emos aqui a apontar alguns efeitos negativos da globalização económica sobre o Estado democrático (e social) de Direito¹⁴ e, de modo particular, sobre os direitos fundamentais. Lembre-se, todavia, que a globalização é apenas um dos elementos (embora de longe um dos mais significativos) que marcam o contexto no qual hoje se insere a problemática dos direitos fundamentais, ombreando em importância talvez apenas com os crescentes níveis de exclusão social (por sua vez também creditada - em boa parte - aos efeitos negativos da globalização), tudo contribuindo para uma ampla crise do Estado, do Direito e dos Direitos Fundamentais.

Já por essas razões cumpre que se tome a sério a advertência de Gomes Canotilho, ao referir que “o Direito Constitucional, a Constituição, o Sistema de Poderes e o sistema jurídico dos direitos fundamentais já não são o que eram”,¹⁵ o que nos remete a uma série de questionamentos, inclusive sobre o papel a ser desempenhado hoje, pelo Estado, pela Constituição, pelos direitos fundamentais e pelo Direito de um modo geral. Dada a amplitude e relevância de tais questões, não nos é possível mais do que apontar alguns dos efeitos da globalização sobre o Estado democrático (necessariamente social) de Direito, na tentativa de identificar e situar, minimamente, a cada vez mais aguda crise de efetividade, e daquilo que poderíamos designar como representando uma crise de identidade e confiança na Constituição e nos direitos fundamentais.

¹² Cfe. STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. In: *Revista da AJURIS*, n. 97, p.171- ss., mar., 2005.

¹³ Poderíamos referir aqui, em carácter meramente ilustrativo, a internacionalização do discurso e da cultura dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana (desde que não resulte num processo de colonização cultural), com evidentes reflexos na seara penal, como dá conta a criação do Tribunal Penal Internacional, a expansão no campo do reconhecimento das garantias penais e processuais, entre tantos outros.

¹⁴ Sobre o significado e evolução do Estado democrático de Direito (necessariamente comprometido com a realização da justiça social, compreendida aqui, em termos genéricos, como a garantia de padrões mínimos de igualdade e liberdade materiais e, portanto, de uma vida digna para todos) v., entre nós, especialmente STRECK, Lenio Luís e MORAIS, José Luís Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, ainda que existam razões para discutir a categorização adotada, notadamente em face da diferença traçada entre o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito, discussão que não nos cabe desenvolver nesta oportunidade.

¹⁵ Cfe. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sobre o tom e o dom dos Direitos Fundamentais. In: *Revista Consulex*, 45: 38, set., 2000.

Na medida em que – por conta da política e da economia do “Estado mínimo”, propalado pelo assim designado “consenso neoliberal”¹⁶ - aumenta o enfraquecimento do Estado democrático de Direito (necessariamente um Estado “amigo” dos direitos fundamentais) e que esta fragilização do Estado e do Direito tem sido acompanhada por um incremento assustador dos níveis de poder social e econômico, exercidos pelos grandes atores do cenário econômico, que justamente buscam desvencilhar-se das amarras do poder estatal, indaga-se quem poderá, com efetividade, proteger o cidadão e – no plano internacional – as sociedades economicamente menos desenvolvidas. Nesse sentido, insere-se a aguda observação de Ferrajoli, alertando para a crise vivenciada pelos sistemas democráticos, identificando o surgimento daquilo que denomina de “empresas-partido” e “empresas-governo”. Isso porque as privatizações e a crescente desregulamentação (não parece demais lembrar a discussão em torno da privatização dos estabelecimentos penitenciários e da execução das penas em geral) tem tido como sequela um aumento da confusão entre os interesses do governo e os interesses privados dos agentes econômicos, por sua vez, cada vez mais entrincheirados no próprio Estado (governo), e que estão capitaneando o processo de flexibilização e, por vezes, chegando-se no quase aniquilamento de boa parte das conquistas sociais.¹⁷

Colocada em risco a democracia e enfraquecido o papel do Estado na sua condição de promover e assegurar os direitos fundamentais e as instituições democráticas¹⁸, a própria noção de cidadania, como direito a ter direitos¹⁹, encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que Boaventura Santos denominou de “fascismo societal”.²⁰ Para além disso, o incremento assustador dos índices de exclusão social – em boa parte tributável aos efeitos negativos da globalização econômica – igualmente constitui fator de risco para a democracia. Como bem lembra Friedrich Müller, exclusão social e democracia (esta considerada na sua dimensão material) são categorias incompatíveis entre si: a primeira leva, inexoravelmente, à ausência da segunda.²¹

Nesse mesmo contexto, há que deixar registrada a observação de José Eduardo Faria, para quem os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral – resultantes da opressão socioeconômica – acabam não aparecendo como

¹⁶ Sobre a crise da democracia e as suas relações com o “consenso de Washington”, v. especialmente, SANTOS, Boaventura Souza. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo*. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998. p. 17-9.

¹⁷ Cfe. FERRAJOLI, Luigi. *El Estado Constitucional de Derecho Hoy: el Modelo y su Divergencia de la Realidad*, p. 16 e ss.

¹⁸ Cumpre registrar, nesse sentido, a advertência de FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: Implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 127 e ss. em instigante ensaio sobre o tema.

¹⁹ Cfe. a noção cunhada por Hannah Arendt, recolhida e divulgada, entre nós, por LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 146 e ss.

²⁰ Cfe. SANTOS, Boaventura Souza. Op. cit., p. 23 e ss. Dentre as diversas manifestações dessa nova e perversa forma de fascismo, típica dos países tidos como periféricos, ou em desenvolvimento, assume especial relevância a crescente segregação social dos excluídos (fascismo do “apartheid social”), de tal sorte que a “cartografia urbana” passa a ser caracterizada por uma divisão em zonas “civilizadas”, onde as pessoas ainda vivem sob o signo do contrato social, com a manutenção do modelo democrático e da ordem jurídica estatal; e em “zonas selvagens”, caracterizadas por uma espécie de retorno ao estado de natureza hobbesiano, no qual o Estado, a pretexto de manutenção da ordem e proteção das “zonas civilizadas”, passa a atuar de forma predatória e opressiva, além de subverter-se virtualmente à ordem jurídica democrática, o que, por sua vez, leva à afirmação – também a expressão cunhada por Boaventura Santos - do fenômeno do “fascismo do Estado paralelo”.

²¹ Com efeito, para MULLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, p. 45, out./2000. Edição Especial. Desenvolve a ideia de que a exclusão social, acelerada e aprofundada pela globalização econômica, revela-se incompatível com um sistema democrático que efetivamente venha a merecer esta designação.

portadores de direitos subjetivos públicos, não podendo, portanto, nem mesmo ser considerados como verdadeiros “sujeitos de direito”, já que se encontram excluídos, em maior ou menor grau, do âmbito de proteção dos direitos e das garantias fundamentais.²² Assim, percebe-se que a redução do Estado que, já há muito – especialmente sob a forma de Estado democrático (e social) de Direito – transitou do papel de “vilão” (no sentido de principal inimigo da liberdade individual) para uma função de protetor dos direitos dos cidadãos,²³ nem sempre significa um aumento da liberdade e fortalecimento da democracia. Com efeito, no âmbito da globalização econômica e da afirmação do ideário neoliberal, verifica-se que a diminuição do Estado, caracterizada principalmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e redução gradativa da intervenção estatal no domínio econômico e social, acaba por levar, paralelamente, ao enfraquecimento da soberania, externa e interna, dos Estados nacionais (ainda que com intensidade variável e mais acentuada na esfera dos países periféricos), a um fortalecimento do poder econômico, notadamente, na dimensão supranacional.²⁴

O fato que os fenômenos ligeiramente enunciados têm contribuído, entre outros, para uma crise da sociedade, do Estado, do Direito e da cidadania, já constitui lugar comum. E que daí tenha resultado também uma ampla crise na esfera dos direitos fundamentais, igualmente parece dispensar maiores comentários e tem sido largamente alardeado. Sem que se pretenda aqui aprofundar a discussão, nem mesmo rastrear todas as causas e “sintomas” dessa crise, verifica-se, contudo, que o aumento da opressão socioeconômica, vinculado a menor ou maior intensidade do “fascismo societal”, em um determinado Estado, tem gerado reflexos imediatos no âmbito dos direitos fundamentais, inclusive nos países tidos como desenvolvidos. Dentre tais reflexos, cumpre destacar: a) a intensificação do processo de exclusão da cidadania, notadamente no seio das classes mais desfavorecidas, fenômeno este ligado diretamente ao aumento dos níveis de desemprego e subemprego²⁵; b) redução e até mesmo supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social), assim como o corte ou, pelo menos, a “flexibilização” dos direitos dos trabalhadores;²⁶ c) ausência ou precariedade dos instrumentos jurídicos e de instâncias oficiais (no sentido de mantidas ou, pelo menos, supervisionadas pelo Estado) capazes de controlar o processo, resolvendo litígios dele oriundos, e manter o equilíbrio social, agravando o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais e da própria

²² Cfe. FARIA, José Eduardo. *Democracia e governabilidade...*, p. 145-6.

²³ Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 344 e ss. que, ao retratar a evolução do Estado liberal de matriz burguesa para o assim denominado Estado Social, destaca que com esse modelo de Estado, “o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança...”.

²⁴ Cfe. a lição, entre outros, de GORENDER, Jacob. “Estratégias dos estados nacionais diante do processo de globalização”. In: GADELHA, Regina M. F. (Org.). *Globalização, metropolização e políticas neoliberais*. São Paulo: EDUC, 1997. p. 80 e ss. que, no entanto, sustenta a manutenção do papel de destaque do Estado nacional, muito embora com contornos diversos e mais atenuados.

²⁵ A esse respeito, v. também FARIA, José Eduardo. *Democracia e governabilidade...*, p. 143 e ss.

²⁶ É em face da erosão crescente dos direitos sociais, econômicos e culturais, agregada ao aumento da pobreza e dos níveis de desemprego estrutural, que Boaventura Souza Santos fala na transição – para os integrantes das classes despossuídas – de um “estatuto da cidadania” para um estatuto de “lumpencidadania”, isto é, para uma “cidadania de trapos”, em se fazendo uma tradução literal do alemão (*op. cit.*, p. 19). A respeito desse fenômeno v. ainda, dentre outros, AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 96 e ss. (versando a respeito das consequências da globalização e do ideário neoliberal em geral), assim como, mais recentemente, SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: Limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 223, p. 154-155, 2001, destacando que, no âmbito do quadro de desemprego, diminui e, por vezes, desaparece o poder de barganha dos trabalhadores, e de seus sindicatos, contribuindo para o processo de flexibilização dos direitos trabalhistas.

ordem jurídica estatal.²⁷ O quanto tais fatores influenciam diretamente na esfera penal (seja na esfera da criminologia e do direito penal, seja na esfera das políticas penais em geral²⁸) dispensa, por ora, maiores comentários, bastando uma referência não apenas ao incremento da criminalidade, em geral, mas, especialmente, ao crescimento e expansão do crime organizado, que igualmente atua além das estritas fronteiras dos Estados e, de resto, serve-se das inovações tecnológicas para aumentar ainda mais o seu poder e dificultar o seu combate.

A assim denominada crise dos direitos fundamentais, ao menos na sua feição atual, a despeito de ser aparentemente mais aguda no âmbito dos direitos sociais (em função da redução da capacidade prestacional dos Estados, para citar o aspecto mais candente) é, contudo, comum a todos os direitos fundamentais, de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos), além de não poder ser atribuída – o que parece elementar, mas convém que seja frisado – apenas ao fenômeno da globalização econômica, ou mesmo ao crescimento da pobreza. Basta, para ilustrar tal assertiva, apontar para o impacto da tecnologia sobre a intimidade das pessoas, no âmbito da sociedade informatizada, bem como sobre o meio ambiente, assim como no que diz com o desenvolvimento da ciência genética, demonstrando que até mesmo o progresso científico pode, em princípio, colocar em risco direitos fundamentais da pessoa humana, o que nos remete à problemática das funções do direito penal, na assim designada “sociedade de risco” contemporânea²⁹.

Para além disso, cumpre assinalar que a crise de efetividade, que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e à falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nessa esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo), como é o

²⁷ Nesta direção, v. também FARIA, José Eduardo. Direitos humanos e globalização econômica: Notas para uma discussão. In: *O Mundo da saúde*, n. 22, p. 74, 1998, alertando para a perda de uma parte significativa da jurisdição, por parte do direito positivo e das instituições oficiais, em face do policentrismo que caracteriza a economia globalizada, gerando, para além disso, um avanço de formas inoficiais, ou não-oficiais, de resolução dos conflitos, de tal sorte que se coloca a indagação de como os direitos fundamentais podem ser assegurados de forma eficiente, pelo poder público, quando este é relativizado pelo fenômeno da globalização, no âmbito do qual a política (ao menos tendencialmente, poderíamos acrescentar) perde para o mercado seu papel de instância privilegiada de deliberação e decisão.

²⁸ No que diz a um ponto de vista criminológico da problemática, remetemos aqui a Eugenio Zaffaroni, para quem a globalização econômica enterrou definitivamente o velho paradigma do simplismo etiológico, o que o autor exemplifica com um episódio banal e cotidiano, mas indicador da grande complexidade do problema, ao referir o caso de um adolescente que, em qualquer cidade latino-americana, ameaça outro, com arma de fogo, para roubar-lhe o tênis de grife. A seguir, o ilustre jurista elenca quatorze considerações relacionadas com o caso: 1) a *res furtiva* foi fabricada na Ásia, com trabalho infantil; 2) o roubo não se motiva por necessidade de sobrevivência, mas pela busca de um símbolo de *status*, propagandeado mundialmente; 3) os pais do assaltante foram despedidos, para reduzir custos, pela mesma empresa (ou subsidiária) que explora o trabalho infantil na Ásia; (...) 10) não é raro que o pai da vítima reclame pena de morte, menos garantias e mais ação policial e que vote em políticos que propugnem tais recursos; 11) esses políticos desviam o investimento social, já escasso, para o sistema penal e seu clientelismo (corrupção), reduzindo ainda mais as oportunidades dos netos do pai do assaltado; 12) a polícia mais arbitrária será mais corrupta e permitirá maior contrabando e mercado negro de armas (maior violência); 13) a maior corrupção do sistema penal determinará que as próprias agências executivas convertam-se em engrenagens das organizações criminosas; 14) isso aumentará as chances da vitimização por sequestro do investidor de classe média (pai do assaltado), e a conseqüente perda de seu capital. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: PIERANGELI, José Enrique (Coord.) *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 18-20.

²⁹ A respeito das questões genéricas que envolvem a noção e implicações da sociedade de risco, v. o clássico BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. Na esfera jurídico-penal, destacamos o estudo de DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a ‘Sociedade Industrial’ e a ‘Sociedade de Risco’. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 33, p. 43-51, ao qual remetemos para maior desenvolvimento e que voltará a ser objeto de referência mais adiante.

caso da vida, da integridade física, da liberdade sexual, do patrimônio, apenas para citar as hipóteses em que se registram maior número de violações. Isso, sem falar nas violações de bens fundamentais, de caráter transindividual, como é o caso do meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do Estado democrático de Direito, e das suas instituições, também no tocante às respostas para a criminalidade num mundo em constante transformação³⁰.

Tendo como base esses exemplos e as alarmantes estatísticas em termos de avanços na criminalidade, percebe-se, sem maior dificuldade, que à crise de efetividade dos direitos fundamentais corresponde também uma crise de segurança dos direitos, no sentido do flagrante déficit de proteção dos direitos fundamentais, assegurados pelo poder público, no âmbito dos seus deveres de proteção, que ainda serão objeto de desenvolvimento, logo mais adiante. Por segurança no sentido jurídico (e, portanto, não como equivalente à noção de segurança pública ou nacional) compreendemos aqui – na esteira de Alessandro Baratta – um atributo inerente a todos os titulares de direitos fundamentais, a significar, em linhas gerais (para que não se recaia nas noções reducionistas, excludentes, e até mesmo autoritárias, da segurança nacional e da segurança pública) a efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de intervenção ilegítimo por parte de detentores do poder, quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder³¹.

Oportuno que se consigne, ainda, que a crise dos direitos fundamentais não se restringe mais a uma crise de efetividade, mas alcança inclusive a esfera do próprio reconhecimento e da confiança no papel exercido pelos direitos fundamentais, numa sociedade genuinamente democrática. Sem que se possa aqui desenvolver esse aspecto, constata-se, com efeito, uma progressiva descrença nos direitos fundamentais, os quais, ao menos a partir da compreensível ótica da massa dos excluídos, passam a ser encarados como verdadeiros “privilégios” de certos grupos (basta apontar para a oposição entre os “sem-terra” e os “com terra”; os “sem-teto” e os “com teto”; bem como os “com-saúde” e os “com-educação”, e os que aos mesmos não têm acesso). Da mesma forma, chama a atenção o quanto têm crescido as manifestações, nos mais variados segmentos da população, em prol da pena de morte, da desconsideração pelas garantias mais elementares da ampla defesa e do devido processo legal, do apoio à redução da idade penal para os adolescentes, da pressão em prol do agravamento significativo das penas, ou mesmo pela introdução de um sistema similar (e altamente questionável) ao modelo da “tolerância zero”, tal como praticado em alguns pontos dos EUA³². Esses aspectos revelam que cada vez menos se toma a sério os direitos fundamentais, inclusive no que diz respeito a sua dimensão solidária, emancipatória e promocional.

³⁰ Discutindo a problemática do papel do Estado Democrático de Direito, do Poder Judiciário e do Ministério Público no contexto de um garantismo que possa dar conta também da efetiva proteção penal dos bens transindividuais, v. o recente contributo de STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição – A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

³¹ Cfe. BARATTA, Alessandro. *Kriminalpolitik und Verfassung*. In: *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 2003. v. 2, p. 212-3.

³² Basta lembrar aqui a experiência (intolerante e, portanto, desproporcional) patrocinada a partir da gestão de Giuliani, na Prefeitura de Nova Iorque, movida pelo intento de libertar o “cidadão de bem” das “garras do crime”, bem como a “teoria das janelas quebradas”, idealizada também nos EUA, por James Q. Wilson e George Kelling, no início da década de 1980. Eles partem da ideia de que a relação entre desordem e criminalidade é mais forte do que outras causas (pobreza, discriminação das minorias raciais, etc.), além de tentarem demonstrar a relação de causalidade entre criminalidade violenta e a não repressão a pequenos delitos e contravenções. Para maiores detalhes, confira-se RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade*. In: *Revista do Ministério Público - RS*, Porto Alegre, n. 49, p.175-200, jan./mar., 2003, se que se esteja a endossar todas as conclusões do autor.

Com efeito, quando ao abrir as páginas de conhecido periódico (no caso, a “Zero Hora”, de Porto Alegre, Brasil) depara-se com depoimentos de cidadãos, apoiando e até mesmo elogiando a atitude de integrantes da polícia militar que, após terem detido e imobilizado o autor de um simples furto, passaram a espancá-lo diante das câmeras da televisão³³, evidentemente, não se poderá deixar de repetir a pergunta tão significativa que foi feita a todos - e que todos deveriam repetir diariamente - em conhecida canção do repertório brasileiro (compositor Renato Russo): “Que país é este?!”, sintomaticamente um brado do grupo “Legião Urbana”.

O quanto a constitucionalização dos direitos sociais, e das promessas veiculadas pelas diversas normas de cunho programático, inseridas na Constituição de 1988 (e bastaria lembrar o teor dos diversos e generosos objetivos fundamentais da República, constantes do artigo 3º, a começar pela erradicação da pobreza e superação das desigualdades), no âmbito daquilo que Marcelo Neves, em importante estudo, designou de “constitucionalização simbólica”,³⁴ tem contribuído para um sentimento generalizado de frustração das expectativas criadas pelo discurso constituinte, e em que medida tais frustrações acabaram por se converter em condutas agressivas, aos direitos fundamentais, não nos parece tenha condições de ser avaliado com razoável margem de acerto, muito embora não se possa descartar de plano tal efeito colateral. De certo modo – ainda que aqui não se possa desenvolver o ponto e a despeito do nosso ceticismo em relação a tais posições – os riscos daquilo que chegou a ser chamado de uma hipertrofia dos direitos fundamentais, no sentido de uma espécie de panjuszfundamentalismo³⁵, poderiam, de fato, contribuir, de algum modo, para uma simultânea maximização das esperanças e das frustrações, concorrendo para o agravamento da já referida crise de confiança e de identidade dos direitos fundamentais. É também, infelizmente, outorgando uma atualidade surpreendente (ainda que diverso o contexto e, em boa parte, diferenciadas as razões) à alusão feita pelo conhecido filósofo existencialista alemão, Karl Jaspers, ainda na primeira metade do século XX, ao discorrer sobre a inconfiabilidade dos direitos humanos, destacando, entre as causas desse fenômeno, a falta de compreensão do que significam os direitos humanos, por expressiva parcela da humanidade e da sua diminuta e, muitas vezes, até ausente eficácia e efetividade³⁶.

A polarização (inevitavelmente acompanhada de uma boa dose de paranoia e até mesmo – pelo menos em algumas situações – de um sentimento de histeria coletiva) instaurada no seio da sociedade – e nisso provavelmente reside a maior ameaça – abre as portas para a manipulação e toda a sorte de medidas arbitrárias e erosivas, do Estado democrático de Direito, ainda que sob o pretexto de serem indispensáveis para a segurança social, parece evidente e reclama medidas urgentes. O fascismo societal, do qual fala Boaventura Santos, não apenas ressuscita a antiga

³³ Cuida-se de apenas um dos inúmeros fatos veiculados pelos diversos meios de comunicação, nos últimos anos, de tal sorte que a referência é feita em caráter meramente ilustrativo.

³⁴ Cfe. NEVES, Marcelos. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, entre outros aspectos, contrapõe a constituição simbólica (considerada em parte na sua condição de instrumento de manipulação social, por meio de proposital inserção de promessas não destinadas a uma implementação efetiva, no texto constitucional à constituição normativa. No mesmo contexto, o autor invoca a figura simbólica da “legislação-álibi”, inclusive no âmbito penal, ao ressaltar – com inteira razão - que nessa seara “as reformas legislativas surgem muitas vezes como reações simbólicas à pressão pública por uma atitude estatal mais drástica contra determinados crimes” (op. cit., p. 38).

³⁵ Cfe. NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os Direitos Fundamentais. In: *AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 965 e ss.

³⁶ Cfe. JASPERS, Karl. *Wahrheit und Bewahrung*. München-Zürich: R. Piper & Co. Verlag, 1983. p. 192-3, lembrando, contudo, que mesmo a mera formulação e reconhecimento dos direitos humanos (que – segundo Jaspers – alcançam eficácia jurídica apenas quando acolhidos na condição de direitos fundamentais nas Constituições, op. cit., p. 189), acaba fortalecendo o respeito do ser humano por seus semelhantes, além de clarificar as consequências jurídicas dos direitos juridicamente assegurados. Vale lembrar que o pensamento de Jaspers foi elaborado (ainda que já após a segunda guerra mundial) quando ainda não estava devidamente implantado o sistema europeu e internacional de proteção dos direitos humanos e ainda se faziam sentir de modo agudo os reflexos das experiências totalitárias na própria Alemanha e o fracasso da Liga das Nações.

máxima hobbesiana de que o homem é o lobo do homem (como condição legitimadora do exercício da autoridade estatal), mas reintroduz (ainda que de modo disfarçado), no discurso teórico de não poucos analistas sociais, políticos e jurídicos, a oposição amigo-inimigo, cunhada por Carl Schmitt no seu conhecido e controverso ensaio sobre o conceito do político³⁷, abrindo as portas para a implementação de sistemas penais diferenciados, ao estilo de um direito penal do inimigo e da política criminal “sombria”, da qual nos fala Hassemer, mediante a instauração de medidas criminais, eminentemente policiaescas, obedientes à lógica dos fins que justificam os meios, demonstrando o caráter regressivo dos movimentos de lei e ordem³⁸. Nesse contexto, que aqui só cabe esboçar, importa mencionar as instigantes palavras de Juarez Tavares, por ocasião de palestra (ainda não publicada) proferida em recente encontro promovido pelo Serviço de Intercâmbio Acadêmico da Alemanha (DAAD), no sentido de que não se pode negligenciar o papel da mídia na “construção” de uma política criminal cada vez mais despótica e casuística, o que se torna perceptível a partir da influência dos meios de comunicação sobre a legislação penal³⁹. Também ressalta a tendência que, entre nós, poderia ser facilmente demonstrada a partir de alguns exemplos, do legislador atuar de modo casuístico, e no mais das vezes, movido pela pressão da sociedade em assegurar padrões toleráveis de segurança contra a criminalidade, sem maior preocupação com os resultados concretos e, menos ainda, com a legitimidade constitucional das opções tomadas⁴⁰. Sob essas condições, não é demais lembrar a doutrina de Jayme Weingartner Neto que, recolhendo as lições de Zaffaroni, no tocante ao papel dos meios de comunicação, destaca que uma “mídia espetáculo” acaba por produzir um “político-espetáculo” e a edição de uma legislação penal distorcida (já que movida pelo objetivo maior da publicidade) e, no mais das vezes, reprodutora da violência e da exclusão⁴¹.

Soma-se a isso, o fato de que as políticas criminais adotadas, além de não servirem de instrumento para o combate aos efeitos nefastos do fascismo societal, acabam, de certo modo, retroalimentando e, nesse sentido, estimulando os níveis de polarização na sociedade. Com efeito, como bem o demonstrou Alessandro Baratta, deixa-se de assegurar os direitos à segurança dos grupos marginalizados e “perigosos” (em outras palavras, dos sem direitos efetivos), de tal sorte – e esse aspecto convém seja destacado – que todo o segmento populacional que se

³⁷ Cfe. SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. 6. ed. (reimpressão da edição de 1963) Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

³⁸ Cfe. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación* en Derecho Penal. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, onde tal temática é desenvolvida em alguns dos expressivos ensaios que compõem a obra.

³⁹ A palestra do autor foi proferida em 22 de agosto de 2003, no Hotel Meridien, no Rio de Janeiro, encontrando-se em vias de publicação. Outrossim, convém relembrar aqui o exemplo da assim designada Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072 /90), a partir das pressões feitas pela atriz, diretora e produtora de teatro, televisão e cinema Glória Perez, por intermédio da grande mídia, após o lamentável assassinato de sua filha Daniela Perez, sem que se vá aqui (ainda) adentrar no mérito desta e de outras providências tomadas pelo legislador.

⁴⁰ No mesmo contexto, insere-se a discussão em torno dos riscos de um direito penal emergencial e de uma legislação movida mais pelo calor do momento do que por uma preocupação com a efetiva proteção dos direitos fundamentais, de tal sorte que as palavras “lei e ordem” passam a assumir um papel de destaque nos discursos oficiais, tal como bem lembra VIEIRA, Diego Camaño. *Ley de urgência y derecho penal de la emergencia*. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 6, p.78-ss., 2002. Entre nós, v., entre outros, os diversos ensaios que integram a obra de GOMES, Luiz Flavio e BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, assim como a análise de FARIA, José Eduardo. *Estado, Direito e Sociedade*. In: FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalistas*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 114 e ss., analisando o impacto da globalização econômica sobre o direito penal, inclusive com a tendencial flexibilização de princípios fundamentais como o da territorialidade (seja pela criação de instâncias supranacionais de persecução e julgamento, seja pela impossibilidade de a ordem jurídica estatal combater a criminalidade internacional e organizada que não restringe sua prática delitativa às fronteiras do Estado atingido), da legalidade e tipicidade, mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente ambíguos e indeterminados, etc.

⁴¹ Cfe. WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa*. Uma pauta de justificação penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002. p. 108 e ss. (especialmente p. 113-4).

encontra excluído do exercício satisfatório dos seus direitos econômicos e sociais (e, portanto, sofre uma violação contínua desses direitos) acaba sendo alçado à condição de potencial agressor dos direitos das parcelas mais favorecidas da população (integridade corporal e propriedade), de modo que, por esta via, o Estado busca efetivar os seus deveres de proteção, encarando os grupos sociais mais fracos como fatores de risco, priorizando a política criminal e negligenciando as suas obrigações no âmbito da segurança social.⁴² Da mesma forma – e talvez por essa mesma razão – o garantismo penal, na sua dimensão negativa, acaba, não raras vezes, privilegiando a elite econômica ou as classes mais influentes da sociedade, deixando de criminalizar (ou mesmo descriminalizando) delitos de cunho econômico e tributário que, por vezes, prejudicam a sociedade como um todo e se revestem de alto potencial ofensivo, mas que, em regra, não cometidos pelos integrantes dos grupos marginalizados, bastando aqui o registro da tendencial descriminalização, entre nós, dos delitos contra a ordem tributária, de constitucionalidade questionável, se formos analisar a questão à luz da teoria dos deveres de proteção do Estado.

Diante do quadro esboçado, vislumbra-se, desde logo, que a discussão em torno das funções e limites do direito penal, num Estado Democrático de Direito, passa inquestionavelmente por uma reavaliação da concepção de bem jurídico e o seu devido redimensionamento à luz da nossa realidade (fática e normativa) constitucional (que é a de uma Constituição comprometida com valores de cunho transindividual e com a realização da justiça social, convém lembrar)⁴³, o que, por sua vez, nos remete à problemática dos deveres de proteção do Estado, na esfera dos direitos fundamentais, e aos contornos possíveis de uma teoria garantista (e, portanto, afinada com as exigências da proporcionalidade) do Estado, da Constituição e do Direito Penal. Por mais que não se possa - nem aqui e nem nos passos subsequentes – aprofundar tais dimensões, elas estarão presentes ao longo de todo o nosso estudo, de tal sorte que voltaremos a nos pronunciar a respeito.

Por outro lado, convém destacar que, as considerações anteriores (necessariamente sumárias e ilustrativas), remetem a questionamentos e análises que transcendem as fronteiras do jurídico e, portanto, reclamam uma abordagem multidisciplinar e interdisciplinar, mas também é elementar o quanto contribuem para uma adequada – embora conscientemente simplificada – contextualização do debate e da problemática versada neste ensaio.

Assim, feitas essas ponderações, cumpre avançar na identificação mínima dos pressupostos teóricos da presente análise.

3 ALGUNS PRESSUPOSTOS PARA UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DA TEMÁTICA

3.1 A perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e a sua função como imperativos de tutela ou deveres de proteção do Estado: significado e principais desdobramentos

Em que pese o substancial consenso a respeito da existência de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (pelo menos no âmbito da dogmática constitucional europeia

⁴² Cfe. BARATTA, Alessandro. *Kriminalpolitik und Verfassung*, p. 213-4.

⁴³ Nesse sentido, as ponderações de STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição...*, p. 22-3.

continental⁴⁴), importa consignar, desde já, que, no concernente ao seu conteúdo, significado e suas diversas implicações, ainda permanecem sérias controvérsias na doutrina e jurisprudência, dissídio esse que se manifesta até mesmo na seara terminológica, em face das diversas denominações atribuídas à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.⁴⁵ Sem incorrer na tentativa improdutiva e, além do mais, fatalmente destinada à incompletude de tomar posição a respeito da terminologia mais adequada, o estudo limita-se a traçar, em linhas gerais, as características básicas e as diferentes facetas inerentes à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, centrando a nossa atenção nos aspectos diretamente vinculados ao tema precípuo deste trabalho.

Apesar de encontrarmos já na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra certos desenvolvimentos do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais,⁴⁶ é com o advento da Lei Fundamental de 1949, que ocorreu o impulso decisivo nesse sentido. Nessa perspectiva, a doutrina e a jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso “Lüth”, na qual, além de outros aspectos relevantes (notadamente a referência ao conhecido – mas nem por isso incontroverso – “efeito irradiante” dos direitos fundamentais), foi dada continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores,⁴⁷ ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.⁴⁸ Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no

⁴⁴ Como contraponto, vale destacar – sem que aqui se vá desenvolver este aspecto – a ausência de um desenvolvimento dogmático similar no direito constitucional norte-americano, não significando que não existe uma profícua e influente produção versando sobre os valores constitucionais no âmbito das discussões em torno dos limites e da legitimação da interpretação constitucional. Nessa direção, v. o contributo de SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: TORRES, Ricardo Lobo e MELLO, Celso Albuquerque (Org). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 4. p. 73 e ss, o qual bem aponta que a objeção de um ilegítimo, ou pelo menos exagerado, ativismo judicial, especialmente por conta dos órgãos encarregados da jurisdição constitucional, assim como de uma espécie de hipertrofia dos direitos fundamentais, notadamente em função dos desdobramentos de sua dimensão objetiva, também tem sido constantemente arguida na Alemanha (basta referir aqui autores do porte de Habermas, Hesse e Böckenförde), de tal sorte que também aqui existem importantes convergências com o direito norte-americano (op. cit., p. 75 e ss.).

⁴⁵ A advertência de ALEXY, Robert. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. In: *Der Staat*. 29 (1990), p. 51, que, em caráter meramente exemplificativo, refere as seguintes expressões ligadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e que foram extraídas da doutrina e da jurisprudência: ordem objetiva de valores, sistema de valores, decisões constitucionais fundamentais, direitos fundamentais como normas objetivas, diretrizes e impulsos, etc. Em que pese o uso habitual da terminologia “dimensão objetiva e subjetiva”, convém ressaltar que, com o objetivo de evitar eventuais equívocos, relacionados ao problema das diversas dimensões (como sucedâneo do termo “gerações”) dos direitos fundamentais, preferimos utilizar a expressão “perspectiva objetiva e subjetiva”.

⁴⁶ Oportuna torna-se aqui a referência, ainda que a título de exemplo, à doutrina das garantias institucionais desenvolvida com base nas lições de Martin Wolff e Carl Schmitt, sob a égide da Constituição de Weimar de 1919, bem como da dimensão axiológica da Constituição, encontrada especialmente na obra de SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 37-128 e, no que diz com o conteúdo material e efeito integrador dos direitos fundamentais, p. 225-34. Para o autor, a função integrativa da Constituição apoia-se justamente nos valores essenciais de uma determinada comunidade, em cuja base situam-se os direitos fundamentais.

⁴⁷ Como bem lembra DENNINGER, Erhard. In: WASSERMANN, Rudolf (Org.). *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativ Kommentar)*. 2. ed. Neuwied: Luchterhand, 1989. v.1. p. 189, já no segundo volume da coletânea oficial de suas decisões (BVerfGE 2, 1/12), o Tribunal Federal Constitucional já havia feito referência, nesse caso, reportando-se à Constituição na sua totalidade, a uma ordem de valores vinculativa de todos os órgãos estatais, baseada principalmente nos valores fundamentais na dignidade humana, na liberdade e na igualdade.

⁴⁸ Cfe. BVerfGE 7, 198/204 e ss., posteriormente objeto de ratificação em uma série de outras decisões (por ex., BVerfGE 49, 89/141 e ss, e, mais recentemente, em BVerfGE 98, 365/395).

âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais.⁴⁹ Esse entendimento foi, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura.⁵⁰ Também a dignidade da pessoa humana – na condição precisamente de valor e princípio central e fundamental da ordem jurídico-constitucional, apresenta uma dimensão objetiva (até mesmo pelo fato de os direitos fundamentais, pelo menos em princípio, nela encontrarem o seu fundamento e referencial) e evidente, dispensando aqui maior referência.

Desde já, percebe-se que, com o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não se está fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja.⁵¹ Assim, podemos partir da premissa de que ao versar sobre uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não estamos considerando esta no sentido de um mero “reverso da medalha” da perspectiva subjetiva. A faceta objetiva dos direitos fundamentais significa, isso sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva⁵², e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.⁵³ É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representando também - naqueles aspectos que se agregaram às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais - uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais.⁵⁴ Mais-valia essa que, por sua vez, pode ser aferida através das diversas categorias funcionais, desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim

⁴⁹ Cfe. LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 20-1, que, nesse contexto, aponta para a função legitimadora do Estado de Direito, decorrente da significação axiológica objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que constituem os pressupostos do consenso sobre o qual se funda qualquer sociedade democrática, exercendo, nesse sentido, o papel de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático.

⁵⁰ Em face de sua relevância para o desenvolvimento, fora da Alemanha, do entendimento de que os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão objetiva e subjetiva, passamos a transcrever os trechos do acordo prolatado em 1981 (STC 25/1981, FJ 5º), tal como citado na coletânea de LLORENTE, Francisco Rubio (Org.). *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Ariel, p. 77: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los ciudadanos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución [...] Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales [...] se recoge en el art. 10.1 de la CE”. Cumpre aduzir, em homenagem à completude, que o artigo 10.1 da Constituição Espanhola de 1978 reza que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁵¹ Oportuna advertência de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 144. Na verdade, toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação (Assim, cfe. DREIER, Horst. Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte. In: *JURA*, 1994, p. 509).

⁵² Cfe., dentre tantos, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...*, p. 143.

⁵³ Nessa direção, por exemplo, DREIER, Horst. In: *JURA*, 1994, p. 509.

⁵⁴ Cfe. leciona ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...*, p. 165. Saliente-se, todavia, que a expressão mais-valia não deve ser considerada no sentido negativo que lhe atribuiu a doutrina marxista, mas como expressão de uma força jurídica reforçada dos direitos fundamentais.

denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, sobre as quais ainda iremos tecer algumas considerações.⁵⁵

Antes de procedermos à apresentação dos desdobramentos específicos, mais relevantes da perspectiva objetiva, importa sublinhar quatro aspectos de suma relevância à sua compreensão. Inicialmente, partindo do pressuposto de que tanto as normas de direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos individuais, quanto as que impõem apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos podem ter a natureza ou de princípios ou de regras (considerando-se a Constituição como sistema aberto de regras e princípios), é preciso ter em mente a inexistência de um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva e, por outro lado, entre os princípios e a perspectiva objetiva, de tal sorte que, em termos gerais, e na esteira de Alexy, se pode falar em regras e princípios que asseguram direitos subjetivos fundamentais, bem como de regras e princípios meramente objetivos.⁵⁶ De outra banda, há que distinguir entre a significação da perspectiva objetiva, no seu aspecto axiológico ou como expressão de uma ordem de valores fundamentais objetivos (de resto, objeto de um número considerável de críticas)⁵⁷, e a sua igualmente já citada mais-valia jurídica, isto é, no reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva⁵⁸, salientando-se a relevância de ambos os aspectos para a teoria jurídica contemporânea dos direitos fundamentais. Além disso, se à dignidade da pessoa e aos direitos fundamentais é de ser atribuída uma significação jurídico-objetiva (no sentido de que, de modo geral, a dignidade e os direitos fundamentais integram e expressam também uma ordem objetiva de valores), também é certo que as consequências concretas a serem extraídas da dimensão objetiva não são necessariamente as mesmas, em se considerando os diversos direitos fundamentais individualmente⁵⁹. Por derradeiro, cumpre frisar que, no âmbito desta sumária apresentação da perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, não nos estamos limitando a qualquer uma das facetas específicas que a matéria suscita. Mesmo sem qualquer pretensão à completude e exaustão, é nossa intenção traçar um quadro, o mais abrangente possível, no mínimo, com uma breve referência aos pontos que parecem mais relevantes.⁶⁰

⁵⁵ Citem-se aqui, pela sua importância, o desenvolvimento da categoria dos deveres de proteção do Estado ("Schutzpflichten"), da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (status activus processualis) e a problemática da sua eficácia provada ("Drittwirkung"), apenas para permanecermos no terreno da consensualidade.

⁵⁶ Nesse sentido, a precisa lição de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 545, recepcionando assim no direito lusitano o entendimento de ALEXY, Robert. In: *Der Staat*, 29 (1990), p. 55 e ss, quando, em estudo fundamental sobre a perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, demonstrou que a distinção entre regras e princípios é neutra em relação à distinção entre a perspectiva subjetiva e objetiva, no sentido de que tanto normas que garantem direitos subjetivos, quanto normas que vinculam apenas objetivamente o Estado podem ter caráter principiológico.

⁵⁷ A respeito desse ponto, notadamente sobre a noção da Constituição como ordem objetiva de valores e uma resenha de algumas das principais críticas direcionadas a essa concepção por parte da doutrina, remetemos ao estudo de SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais...*, p. 72 e ss.

⁵⁸ Cfe. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...*, p. 145, que aponta para a existência de dois planos distintos e inconfundíveis no que tange à dimensão comunitária (objetiva) dos direitos fundamentais, quais sejam, uma dimensão valorativa ou funcional e o que denomina de dimensão jurídica estrutural.

⁵⁹ Cfe. a oportuna consideração de JARASS, Hans D. Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. In: BADURA, Peter e DREIER, Horst (Org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 200. v. 2, p. 37-8.

⁶⁰ Sob essa perspectiva, cumpre referir o levantamento minucioso dos múltiplos desdobramentos da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais efetuado por BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 541-2, sem que possamos, no entanto, adentrar em um exame isolado de cada uma dessas facetas da perspectiva objetiva.

Ainda que para alguns (e não sem razão) a questão ora referida não integre a problemática propriamente dita da perspectiva objetiva como função autônoma dos direitos fundamentais,⁶¹ importa consignar aqui que ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra o Estado corresponde sua condição (como direito objetivo) de normas de competência negativa para os poderes públicos, no sentido de que o “status” fundamental de liberdade e igualdade dos cidadãos se encontra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais, contra os quais se encontra simultaneamente protegido, demonstrando que também o poder constitucionalmente reconhecido é, na verdade, juridicamente constituído, e desde sua origem, determinado e limitado, de tal sorte que o Estado somente exerce seu poder no âmbito do espaço de ação que lhe é colocado à disposição.⁶² Tendo em mente que, sob esse aspecto, os direitos fundamentais continuam sendo direitos subjetivos individuais, cuida-se, aqui, na verdade, de uma troca de perspectiva, no sentido de que aquilo que os direitos fundamentais concedem ao indivíduo, em termos de autonomia decisória e de ação, eles, objetivamente, retiram do Estado.⁶³ Aqui, estamos diante de uma função objetiva reflexa de todo direito fundamental subjetivo que, todavia, não exclui os efeitos jurídicos adicionais e autônomos inerentes à faceta objetiva, tal como já foi objeto de referência, incluída a existência de posições jurídicas fundamentais, com normatividade restrita à perspectiva objetiva.

Como uma das implicações diretamente associada à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da ideia de que esses incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de liberdade) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual, e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade, na sua totalidade, já que se cuidam de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.⁶⁴ Com base nessa premissa, a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, nesse contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos.⁶⁵ É nesse sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais, com base no interesse comunitário prevalente, mas também e, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial desses.⁶⁶ Também é preciso que estejamos atentos ao fato de que, com isso, não se está a legitimar uma funcionalização (e subordinação apriorística) dos direitos fundamentais, em prol dos interesses da coletividade⁶⁷, aspecto que, por sua vez, guarda conexão com a discussão em

⁶¹ Este entendimento, dentre outros, de DREIER, Horst. In: *JURA*, 1994, p. 509.

⁶² Cfe. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed., Heidelberg: C.F. Muller, 1995. p. 133.

⁶³ A observação pertinente de PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte. Staatsrecht II*. 11. ed. Heidelberg: C.F. Muller, 1995. p. 23.

⁶⁴ Nesse sentido, dentre outros, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...*, p. 144-5.

⁶⁵ A ideia de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos, em que pese sua posterior recepção na doutrina lusitana (cfe., dentre outros, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...*, p. 146), encontra-se formulada já na jurisprudência constitucional alemã, do início da década de cinquenta. Nesse sentido, o Tribunal Federal Constitucional (*BVerfGE* 4,7 e ss.), já se havia posicionado a favor de uma concepção do indivíduo como inserido numa comunidade e vinculado aos valores fundamentais desta (“die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums” = vinculação comunitária do indivíduo).

⁶⁶ Sobre o sentido e o alcance dessa dimensão comunitária e valorativa da função objetiva dos direitos fundamentais, no direito luso-brasileiro, há que destacar a obra já citada de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...*, p. 145 e ss., da qual extraímos a noção referida.

⁶⁷ Cfe. a oportuna lembrança de SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais...*, p. 67.

torno da existência de um princípio da supremacia do interesse público, que aqui não iremos desenvolver⁶⁸. É sob essa concepção que alguns autores têm analisado o problema dos deveres fundamentais, na medida em que ele estaria vinculado, por conexo, com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na sua aceção valorativa. Tendo em vista, contudo, que os deveres fundamentais, não constituem o objeto precípua do presente estudo, deixaremos de adentrar no exame dessa matéria complexa e controversa, mesmo reconhecendo sua relevância⁶⁹.

Outro desdobramento, estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais, diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que tais direitos (inclusive os que, de modo incontroverso, exercem a função de direitos subjetivos, como ocorre com os direitos de liberdade, entre outros) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. É nessa perspectiva que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.⁷⁰ Cumpre assinalar, ainda no que concerne a esse aspecto, que a ordem genérica de efetivação, inerente a todos os direitos fundamentais, obviamente, não se confunde e não afasta a existência de normas (princípios ou regras) de direitos fundamentais, específicas de cunho impositivo que - exclusivamente ou para além de consagrarem direito subjetivo individual - impõem ao legislador (ao menos, em primeiro plano) a concretização de determinadas tarefas, fins e/ou programas mais ou menos genéricos, o que nos remete - entre outros aspectos - ao exame das normas assim denominadas de programáticas e à atual discussão em torno do constitucionalismo dirigente e da eficácia dos assim denominados direitos sociais⁷¹. Ainda que não se possa aqui desenvolver tal aspecto, não há como deixar de destacar que tanto as normas de cunho programático (que são programáticas pelo seu conteúdo, mas não por falta de eficácia e aplicabilidade) quanto as normas definidoras de direitos sociais servem de paradigma na esfera jurídico-penal, pois impõem e legitimam a proteção de bens fundamentais, de caráter social e,

⁶⁸ A respeito da prevalência, ou não, do interesse público sobre o interesse privado registra-se fecunda e ampla discussão na doutrina, inclusive pátria. Desde logo, destacamos que aderimos, em princípio, à posição bem fundamentada de FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 52-56 que, em linhas gerais, sustenta a inexistência de uma supremacia apriorística do interesse público em face do privado, pois tal hierarquização demanda o exame das circunstâncias do caso concreto, de tal sorte que as ações estatais estarão sempre subordinadas ao princípio da dignidade da pessoa humana (no mesmo sentido v. os desenvolvimentos mais recentes do autor, no seu *A interpretação sistemática do Direito*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 225, à luz da ideia de uma superação da dicotomia rígida entre público e privado). Sustentando posição diversa, não poderíamos deixar de referir, pela sua influência e justa autoridade, a tese em prol de uma supremacia do interesse público, esgrimida por MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87 e ss., assim como o debate travado entre ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127, e OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 220, p.69-107, 2000, entre outros. Mais recentemente, v. a coletânea organizada por SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus os interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do Interesse Público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, contendo diversos contributos representando o estado atual do debate, pelo menos no que diz com o Brasil.

⁶⁹ Para quem quiser desenvolver a questão dos deveres fundamentais, remetemos à profunda análise - dentre a literatura em língua portuguesa - de NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.

⁷⁰ Nesse sentido, v. a lição de HESSE, Konrad. Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland. In: *EuGRZ (Europäische Grundrechte Zeitschrift)*, 1978. p. 433.

⁷¹ Sobre a temática do constitucionalismo dirigente, v. a recente e estimulante coletânea organizada por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, que retrata um qualificado debate entre um grupo de autores nacionais e o jurista lusitano Gomes Canotilho. Vem sustentado, entre nós, as virtudes do constitucionalismo dirigente, v. ainda os decisivos contributos de BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, p. 41, abr./jun., 1999 e STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 106 e ss.

portanto, podem balizar a discussão em torno, até mesmo, da criminalização ou descriminalização de condutas, no âmbito de um garantismo integral (ou positivo) e não meramente negativo.

Sem prejuízo das demais funções já referidas, os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais, que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e, independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais.⁷² Ainda que estejamos nos situando no terreno da obviedade, e que não se trate, nesse contexto, propriamente de um reforço autônomo da juridicidade dos direitos fundamentais, já que toda norma constitucional, inclusive as que outorgam direitos subjetivos, necessariamente pode servir (em maior ou menor grau) de referencial para a aferição da validade do restante do ordenamento jurídico, julgamos oportuno frisar que também esta consequência se encontra vinculada à condição de direito objetivo, peculiar a todos os direitos e princípios fundamentais, sendo versada, habitualmente, no âmbito de uma eficácia negativa das normas constitucionais⁷³.

Se até agora estivemos nos movimentando no âmbito da perspectiva objetiva, na sua acepção valorativa, e não na esfera do desenvolvimento de novos conteúdos que podem integrar, de acordo com a distinção feita por Vieira de Andrade, a perspectiva jurídico-objetiva, sob o aspecto de sua caracterização como um reforço (no sentido de complementação) da eficácia normativa dos direitos fundamentais, há que tomar posição também nessa seara. Mais propriamente, para evitar eventual confusão com os pontos que acabamos de desenvolver, cuida-se aqui de apontar para os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, na qualidade de efeitos potencialmente autônomos, no sentido de não necessariamente atrelados (o que não implica refutar a conexão evidente entre a dimensão objetiva e subjetiva) aos direitos fundamentais na sua condição de normas de direito subjetivo.⁷⁴ Como bem lembra K. Hesse, a multiplicidade de significados, inerente aos direitos fundamentais, na condição de elementos da ordem objetiva, corre o risco de ser subestimada, caso for reduzida à dimensão meramente axiológica, de acordo com a qual os direitos fundamentais constituem uma ordem de valores objetiva⁷⁵, e cujos aspectos peculiares já foram objeto de breve referência.

Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais costuma apontar-se para o que a doutrina alemã – de modo não imune a importantes críticas⁷⁶ denominou de uma eficácia irradiante, ou efeito de irradiação (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais. E, por evidência do princípio da dignidade da pessoa humana e demais princípios fundamentais, no sentido de que esses, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais que, ademais, pode ser considerada - ainda que com restrições - como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação,

⁷² Cfe., dentre outros, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...*, p. 161.

⁷³ Sobre a eficácia negativa e, de modo geral, sobre os diversos efeitos concretos dos princípios constitucionais, v., dentre outros, recentemente, BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História – A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: *Revista Interesse Público*, n. 19, p.74 e ss., 2003.

⁷⁴ A este respeito, v. a lição de José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 161.

⁷⁵ Cfe. HESSE, Konrad. *Grundzüge...*, p. 135.

⁷⁶ Cfe. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999. p. 30-31 (existe tradução em língua portuguesa, sob o título *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003), afirmando que a expressão eficácia irradiante não possui consistência dogmático-jurídico, não representando mais do que uma fórmula vaga e imprecisa extraída da linguagem cotidiana.

conforme a Constituição.⁷⁷ A técnica da interpretação conforme, como bem sinalou Daniel Sarmiento, muito embora constitua valioso instrumento para a concretização da eficácia irradiante, não exclui outras manifestações dessa última, já que a aplicação dos valores constitucionais, mais elevados às situações concretas, não se verifica (pelo menos não se deveria verificar) apenas em situações de cunho patológico⁷⁸, reclamando uma verdadeira filtragem constitucional⁷⁹ que, em linhas gerais, encontra expressão na permanente necessidade de uma interpretação prospectiva⁸⁰, e emancipatória,⁸¹ da ordem jurídica, à luz do espírito da Constituição⁸². Associado ao efeito irradiante dos direitos fundamentais encontra-se, portanto, o assim designado fenômeno da constitucionalização de todos os ramos do Direito (com todas as suas sequelas, a começar pela já referida superação de uma concepção dicotômica das categorias do público e do privado, e da afirmação da noção de unidade do sistema jurídico), bem como a problemática mais específica da sua eficácia na esfera, nas relações entre particulares que, por sua vez, desborda dos limites deste trabalho. Importa frisar, no tocante ao nosso objeto de estudo, que em causa não está outra coisa senão a necessária e já referida *filtragem* constitucional também do direito penal e processual penal e que implica uma leitura constitucionalmente adequada de todos os institutos jurídico-penais, inclusive a coerente aplicação do princípio da proporcionalidade (seja no concernente à sua já referida dupla dimensão, seja no que diz com os seus respectivos critérios) sobre o que, de resto, voltaremos a nos pronunciar⁸³.

Além das funções já referidas e dos outros desdobramentos possíveis no âmbito da dimensão jurídico-objetiva, e que aqui não teremos condição de desenvolver, assume relevo –

⁷⁷ V., dentre outros, as atualizadas manifestações de PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte...*, p. 23 e ss., bem como de SACHS, Michael. *Vorbermerkungen zu Abschnitt I*. In: SACHS, Michael (Org.). *Grundgesetz-Kommentar*. München: C.H. Beck, 1996, p. 79. No direito lusitano, esses efeitos da dimensão objetiva encontram-se arrolados de forma clara e didática na obra de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...*, p. 168-9, que, nesse contexto, além da necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, aponta, ainda, para a existência de uma obrigação geral de respeito, vigente também na esfera privada e que identifica como um efeito externo deles. Nesse sentido, entendemos que o dever geral de respeito tanto refere-se à necessidade de uma hermenêutica vinculada aos direitos fundamentais, quanto à problemática de sua eficácia privada. Entre nós, a interpretação dos direitos fundamentais encontra-se primorosamente tratada, entre outras tantas obras de valor, no referencial curso do Prof. Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 532 e ss, assim como, mais recentemente, no igualmente já clássico trabalho de FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito...*, p. 189 e ss.

⁷⁸ Cfe. SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais...*, p. 80-81.

⁷⁹ A respeito desse tema v. a obra específica de SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

⁸⁰ Nessa perspectiva v. as já clássicas contribuições em língua portuguesa de MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v.II (ao destacar que, com a promulgação de uma nova Constituição ocorre a novação da ordem jurídica e, portanto, a sua necessária reinterpretção) e, entre nós, de BARROSO, Luís Roberto. *Aplicação e interpretação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145 (falando-nos de uma interpretação evolutiva) e STRECK, Lênio Luís. *Jurisdição constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, em linhas gerais, lembrando que não se deve olhar o novo com os olhos do velho, isto é, com o olhar voltado para trás.

⁸¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, referindo que por meio da constitucionalização (notadamente pela via interpretativa), os valores emancipatórios, contidos na Constituição, incidirão sobre a ordem jurídica infraconstitucional.

⁸² De modo geral, estamos a nos mover aqui em seara a respeito da qual (pelo menos no concernente à necessidade de uma interpretação, conforme a Constituição, e um filtragem constitucional da normativa infraconstitucional) existe já expressiva e qualificada doutrina, no direito pátrio, não sendo o caso de desenvolver essa perspectiva.

⁸³ É nessa perspectiva que se situa, por exemplo, a impactante afirmação de HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. In: *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Publicações da Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 70, no sentido de que o direito processual penal não é outra coisa senão direito constitucional aplicado

notadamente em virtude de sua particular repercussão para a temática ora versada – a função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação, atribuído ao Estado (por sua vez, agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais), na condição de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive, preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares, e até mesmo de outros Estados.⁸⁴ Muitos tratam essa função sob o rótulo de função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, como prefere especialmente Canaris. O Estado – como bem lembra Dietlein – passa, de tal modo, a assumir uma função de amigo e guardião – e não de principal detrator - dos direitos fundamentais⁸⁵. Tal incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas, de mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípuo de proteger, de forma efetiva, o exercício dos direitos fundamentais.⁸⁶ No âmbito da doutrina germânica, a existência de deveres de proteção encontra-se associada principalmente - mas não exclusivamente - aos direitos fundamentais à vida e à integridade física (saúde), tendo sido desenvolvidos com base no art. 2, inc. II, da Lei Fundamental, além da previsão expressa encontrada em outros dispositivos.⁸⁷ Se passarmos os olhos pelo catálogo dos direitos fundamentais de nossa Constituição (no caso, a Brasileira), será possível encontrar também alguns exemplos que poderiam, em princípio, enquadrar-se nessa categoria.⁸⁸

Partindo-se de possível e prestigiada (embora não incontroversa) distinção entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, convém lembrar que, na sua função como direitos de defesa os direitos fundamentais constituem limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo, por exemplo, ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao passo que, atuando na sua função de deveres de proteção (imperativos de tutela), as normas de direitos fundamentais implicam – em primeira linha – deveres de atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente), inclusive quando se tratar de agressão oriunda de outros particulares. Tal dever de proteção - para além de expressamente previsto em alguns preceitos constitucionais contendo normas jusfundamentais - pode ser também reconduzido ao princípio do Estado de Direito, na medida em que o Estado é o detentor do monopólio, tanto da aplicação da força, quanto no âmbito da solução dos litígios, entre os particulares que (salvo em hipóteses excepcionais, como o da legítima defesa), não

⁸⁴ A esse respeito, v., dentre outros, HESSE, Konrad. *Grundzüge...*, p. 155, e SACHS, Michael Sachs. In: *Grundgesetz...*, p. 79-80.

⁸⁵ Cfe. DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992. p. 17 e ss.

⁸⁶ Essa lição, dentre outros, de BADURA, Peter. *Staatsrecht*. München: C.H. Beck, 1986, p. 79. Na literatura mais recente, v., por exemplo, JARASS, Hans D. e PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 3. ed. München: C.H. Beck, 1995. p. 19.

⁸⁷ Nesse sentido, PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte...*, p. 26-7; a respeito de exemplos expressamente positivados, MANNSSEN, Gerrit. *Staatsrecht I – Grundrechtsdogmatik*. München: Franz Vahlen, 1995. p. 17, que menciona os arts. 1º, inc. I (dignidade humana), e 6º, inc. IV (proteção da maternidade), da Lei Fundamental.

⁸⁸ Assim, poder-se-ia cogitar de um dever geral de proteção decorrente expressamente do artigo 5º, “caput”, da CF, que menciona expressamente o direito à segurança, assim como a proteção do consumidor na forma da lei (art. 5º, inc. XXXII), do dever de assegurar-se a proteção das participações individuais, em obras coletivas (art. 5º, inc. XXVIII). No âmbito dos direitos sociais dos trabalhadores, merecem destaque as normas do art. 7º, inc. X (proteção do salário, na forma da lei), art. 7º, inc. XXVII (proteção legal contra a automação) e art.7º, inc. XX (proteção do mercado de trabalho da mulher), apenas para que se fique na esfera das hipóteses que, de forma mais evidente, anunciam deveres expressos de proteção por parte do Estado, por meio de medidas legislativas, na esfera dos direitos fundamentais.

podem valer-se da força para impedir e, especialmente, corrigir agressões oriundas de outros particulares.⁸⁹

Já em outro plano e deixando de adentrar aqui a discussão em torno da subjetivação dos deveres de proteção (portanto, da existência de direitos à proteção⁹⁰), situa-se a celeuma em torno dos pressupostos para a incidência de um dever de proteção e o seu reconhecimento pelos órgãos jurisdicionais, em outras palavras, da legitimação para a intervenção do controle judicial nesta seara. Nesse sentido, vale colacionar a lição de Canaris, para quem deverá haver a concorrência dinâmica dos seguintes critérios: a) a incidência da hipótese normativa de um direito fundamental, o que resta afastado quando se pode partir do pressuposto de que determinadas hipóteses estão desde logo excluídas do âmbito de aplicação, de determinada norma jusfundamental; b) necessidade de proteção e de seus indicadores: ilicitude da conduta, efetiva ameaça ao bem fundamental e dependência (no sentido próximo de uma suscetibilidade) do titular do direito fundamental ameaçado em relação ao comportamento de terceiros⁹¹. Os critérios elencados por Canaris não excluem outras posições e, igualmente, não são imunes a críticas, não afastando a circunstância de que um dever de proteção (e, portanto, um dever de atuação do Estado) carece de uma especial justificação para o seu reconhecimento, e reclama especial cuidado no seu controle.

Deixando de lado – nesse contexto - a controvérsia que grassa em torno da possibilidade de se deduzirem, com base nos deveres de proteção do Estado (isto é, na função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) certas posições jurídicas subjetivas, de modo especial o reconhecimento de um direito individual subjetivo a medidas ativas de proteção por parte dos poderes públicos⁹² – desde logo percebe-se o quanto tal dimensão assume destaque na esfera jurídico-penal, já que um dos importantes meios pelos quais o poder público realiza o seu dever de proteção de direitos fundamentais é justamente o da proteção jurídico-penal dos mesmos. Aliás, tomando-se o caso da Alemanha – foi justamente nessa seara (mais precisamente por ocasião do debate em torno da proteção do direito à vida e da descriminalização do aborto) que a teoria dos deveres de proteção acabou encontrando receptividade na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal⁹³. Os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais, na esfera jurídico-penal, notadamente no concernente à proteção penal de determinados bens fundamentais, constituem, em linhas gerais, uma das mais relevantes manifestações da dimensão dos direitos fundamentais. Por mais que se queira discutir se a finalidade primeira do direito penal é, ou não, a proteção de determinados bens jurídicos (e se apenas bens fundamentais são dignos da tutela,

⁸⁹ Sobre o fundamento da teoria dos deveres de proteção, v. MUNCH, Ingo von. *Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland*. Frankfurt am Main: Peter Lang, p. 26.

⁹⁰ Sobre esse tópico, v., dentre outros, a abalizada síntese de LOUREIRO, João Carlos Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 182 e s.

⁹¹ Cfe. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. p. 72 e ss.

⁹² Sobre o ponto, v., dentre outros, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 410 e ss.

⁹³ Nesse sentido, a paradigmática decisão encontrada em BVerfGE vol. 39, especialmente p. 49 e ss (houve uma segunda decisão a respeito da descriminalização do aborto, do dia 28.05.93, {BVerfGE 88, p. 203 e ss.}, que acabou chancelando a figura da assim denominada proibição de insuficiência, que será objeto de análise um pouco mais detida, neste estudo, mas que, em linhas gerais, não desbordou – naquilo que interessa aos deveres de proteção – (essencialmente da primeira) Nessa mesma linha (notadamente no concernente ao reconhecimento de deveres de proteção estatais) situam-se importantes decisões de outros Tribunais Constitucionais, com destaque para a decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (Sentença nº 53, de 1985) e, mais recentemente, do Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 288, de 18.04.98). Em todas estas decisões, assumiu papel de destaque o argumento de que o Estado tem um dever de proteção da vida, mesmo contra a pessoa da mãe e que tal dever exige a implementação de um sistema legal de proteção da vida que, considerando a natureza do valor em causa, inclui uma proteção na esfera jurídico-penal, de tal sorte que também a descriminalização de condutas ofensivas a bens fundamentais pode ser impugnada por inconstitucional.

por intermédio do direito penal)⁹⁴, certo é que a resposta penal para condutas ofensivas a bens jurídicos pessoais sempre tem por efeito – pelo menos em princípio – a sua proteção, não importando (nesse contexto) o quão efetiva é a proteção, quais os seus limites e até mesmo se existe para tanto uma justificativa. Tais considerações, por sua vez, remetem-nos diretamente ao princípio (ou postulado, como preferem alguns) da proporcionalidade e às suas aplicações na esfera jurídico-penal. Por esse motivo, mesmo que aqui não tenhamos a pretensão – nem possibilidade - de aprofundar o tema naquilo que diz especialmente com as teorias sobre a justificação e os fins da pena, e do direito penal, (temática que, de resto, tem sido largamente tratada pela doutrina penal) não há como deixar de sublinhar mais alguns aspectos imprescindíveis ao nosso propósito. É o que faremos no próximo segmento, ainda no contexto mais genérico dos pressupostos teóricos de nosso estudo.

3.2 - A dupla via do princípio da proporcionalidade: o legislador e o juiz entre proibição de excesso e insuficiência

Ainda que não se pretenda aqui uma digressão a respeito do significado e conteúdo do princípio (?)⁹⁵ da proporcionalidade, no âmbito da teoria constitucional que, de resto, reclamaria uma investigação de proporções monográficas, não poderíamos, contudo (a despeito da farta e qualificada produção doutrinária já existente, mesmo em língua portuguesa⁹⁶), deixar de esboçar – especialmente quanto a esse ponto - alguns contornos que reputamos essenciais ao enfrentamento do tema deste ensaio e que já nos podem fornecer a munição suficiente (portanto, e em certo sentido, proporcional) para as ponderações a serem tecidas no último segmento, no qual pretendemos concretizar a problemática esboçada na introdução, analisando alguns casos extraídos da jurisprudência e da legislação.

Na seara do direito penal (e isso vale tanto para o direito penal material, quanto para o processo penal) resulta – como já referido - inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesse campo, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação, conforme a Constituição. Dessa feita, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes - pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos

⁹⁴ A respeito dessa problemática, v., entre outros, as críticas e eruditas ponderações de CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime*, uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

⁹⁵ O ponto de interrogação entre parênteses nos remete à discussão em torno da qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade, já que se discute a sua condição de princípio ou de regra (tomando-se aqui ambas as noções tal qual formuladas teoricamente por Robert Alexy e seus seguidores), isso sem falar nas considerações mais recentes, questionando a condição propriamente principiológica da proporcionalidade (especialmente em se partindo dos referências apresentados por Alexy) que, segundo essa doutrina, notadamente quando se cuidar do controle de constitucionalidade (proporcionalidade) de atos estatais, assume feições de postulado normativo-aplicativo, razão pela qual se faz referência a um dever de proporcionalidade. Nesse sentido, v. a contribuição crítica de ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 104 e ss (no que diz com a proporcionalidade).

⁹⁶ Restringindo-nos à produção monográfica nacional (brasileira) específica, que vai citada em caráter não exaustivo, reportamo-nos às obras de STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros.

fundamentais de terceiros). Essa hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nessa perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos, em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, nesse plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa maior elucidação.

Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção, atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que - como contraponto à assim designada proibição de excesso - expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). O princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção⁹⁷.

Com efeito, a partir de desenvolvimentos teóricos, formulados especialmente por Claus-Wilhelm Canaris⁹⁸ e Josef Isensee,⁹⁹ o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção) encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência¹⁰⁰, de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido¹⁰¹. A violação da proibição de insuficiência, portanto, encontra-se habitualmente representada por uma omissão (ainda que parcial) do poder público, no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção, mas não se esgota nessa dimensão (o que bem demonstra o exemplo da descriminalização de condutas já tipificadas pela legislação penal e onde não se trata, propriamente, duma omissão no sentido pelo menos habitual do termo). Em função disso, não nos parece adequada a utilização da terminologia proibição de omissão (como, entre nós, foi proposto por Gilmar Ferreira Mendes¹⁰²) ou mesmo da terminologia adotada por Joaquim José

⁹⁷ Cfe., neste sentido, a conceituação proposta por PULIDO, Carlos Bernal. *EL principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 798 e ss.

⁹⁸ Cfe. CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechte und Privatrecht. In: *AcP (Archiv für die civilistische Praxis)* n. 184, p.228-ss., 1984, posteriormente ratificado e desenvolvido na obra *Grundrechte und Privatrecht*, de 1999, já referida.

⁹⁹ Cfe. ISENSEE, Josef. In: ISENSEE, Josef e KIRCHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller, 1992. v.V, § 111, onde, além de analisar a função defensiva dos direitos fundamentais, versa com profundidade sobre a função dos direitos fundamentais, como deveres de proteção.

¹⁰⁰ No âmbito do direito brasileiro, parece-nos que o pioneirismo na utilização dessa terminologia deva ser atribuído a SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, n.798, p.23-ss. abr., 2002, (especialmente p. 27), anotando, com precisão, que a utilização dessa categoria já justificaria, por si só, o abandono do tratamento como sinônimos dos conceitos de proporcionalidade e proibição de excesso.

¹⁰¹ Cfe. *BverfGE* 88, p. 203 (254).

¹⁰² Cfe. MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 209.

Gomes Canotilho que – embora mais próxima do sentido aqui adotado - fala em “proibição por defeito”, referindo-se a um “defeito de proteção”¹⁰³.

Deixando de lado considerações de ordem terminológica (mesmo que estas não tenham cunho meramente cosmético), o que importa destacar é que o princípio da proporcionalidade, para além da sua habitual compreensão, como proibição de excesso, abrange outras possibilidades, cuja ponderada aplicação, inclusive na esfera jurídico-penal, revela um amplo leque de alternativas. Tanto o princípio da proibição de excesso, quanto o da proibição de insuficiência (já por decorrência da vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção) vinculam todos os órgãos estatais, de tal sorte que a problemática guarda conexão direta com a intensidade da vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e com a liberdade de conformação do legislador penal (não é à toa que se fala que houve uma evolução – pelo menos no que se refere à proporcionalidade como proibição de excesso - da concepção de uma reserva legal para o de uma reserva da lei proporcional¹⁰⁴), e os limites impostos pelo sistema constitucional aos órgãos jurisdicionais também nessa seara resulta evidente, mas convém ser permanentemente lembrado. Da mesma forma, verifica-se a existência de substancial convergência quanto à circunstância de que diferenciada a vinculação dos diversos órgãos estatais (legislador, administração e judiciário) ao princípio da proporcionalidade, já que aos órgãos legiferantes encontra-se reservado um espaço de conformação mais amplo e, portanto, uma maior (mas jamais absoluta e incontrolável) liberdade de ação, do que a atribuída ao administrador e aos órgãos jurisdicionais¹⁰⁵, bem como diversa a intensidade da vinculação em se cuidando de uma aplicação da proibição de excesso ou de insuficiência que, especialmente quando em causa uma omissão, obedece a parâmetros menos rigorosos, mas, de qualquer modo e em todo caso, não permite (e importa que tal seja suficientemente sublinhado) que se fique aquém de um mínimo, em proteção constitucionalmente exigido.

Para efeito dos desenvolvimentos posteriores, quando discutiremos alguns exemplos extraídos da jurisprudência pátria, há que lembrar a circunstância – já amplamente difundida entre nós e aqui apenas sumariamente referida - de que na sua aplicação como critério material para a aferição da legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, o princípio (ou postulado, se assim preferirmos) da proporcionalidade (na sua função precípua como proibição de excesso) desdobra-se em três elementos (no que parece existir elevado grau de consenso, ainda que subsistam controvérsias no tocante a aspectos pontuais), notadamente: a) as exigências (ou subprincípios constitutivos, como propõe Gomes Canotilho) da adequação ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de alcançar o fim almejado por aquele (s) determinado (s) meio (s), b) da necessidade ou, em outras palavras, a exigência da opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns designada como critério da exigibilidade, tal como prefere Gomes

¹⁰³ Cfe. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 267. A terminologia adotada pelo ilustre catedrático (a despeito da correta explanação de seu significado) de Coimbra não traduz com precisão a ideia de proteção insuficiente (já que o defeito poderia ser diverso, além do que é possível afirmar que defeito também ocorre na incorreta aplicação do princípio da proibição de excesso) e a noção de que se cuida de categoria contraposta à proibição de excesso.

¹⁰⁴ Cfe. SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. In: *Revista Interesse Público*, n. 2, p.95-ss., abr./jun., 1999. Como bem demonstra o autor, a vinculação do legislador, ao princípio da proporcionalidade, só veio a ser reconhecida com a vigência da Lei Fundamental de 1949, em boa parte, a partir da experiência com as “leis injustas”, do período nacional-socialista.

¹⁰⁵ Cfe., entre outros, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 266-67, assim como SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 97 e ss. que, além de citar uma série de exemplos elucidativos, bem destaca – entre outros aspectos dignos de nota - que ao legislador é concedida uma margem maior de arbítrio para tomar medidas restritivas de direitos, inclusive para fazer frente a situações de risco, meramente potenciais e hipotéticas, ao passo que a administração costuma zelar apenas pela prevenção de ameaças e repressão de violações concretas a bens fundamentais.

Canotilho) e c) a proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos têm sido também chamado de razoabilidade¹⁰⁶ (ou justa medida, de acordo novamente com a terminologia sugerida por Gomes Canotilho da medida restritiva), já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional¹⁰⁷. Ao critério da proporcionalidade, em sentido estrito, contudo, há quem tenha (inclusive com base na prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) atribuído significado mais teórico do que prático, sustentando que, de modo geral, é no plano do exame da necessidade (exigibilidade) da medida restritiva que se situa, de fato, a maior parte dos problemas e, nesse sentido, o teste decisivo da constitucionalidade da restrição¹⁰⁸, aspecto que aqui não pretendemos desenvolver e que reclama uma digressão calcada na análise sistemática da jurisprudência constitucional. Por outro lado – e isso convém ser frisado – resta evidente o papel central da ideia de necessidade como elemento legitimador da intervenção estatal, o que, em se tratando justamente da esfera jurídico-penal, assume ainda maior relevância, como ainda teremos condições de avaliar.

Já no que diz respeito à proibição de insuficiência, verifica-se a ausência (pelo menos ainda) de uma elaboração dogmática tão sofisticada e desenvolvida quanto a registrada no âmbito do princípio da proporcionalidade, compreendido como proibição de excesso, o que encontra sua explicação tanto no caráter mais recente da utilização – especialmente no plano jurisprudencial - da noção de proibição de insuficiência¹⁰⁹ (que, em termos gerais e evidentemente simplistas, pode ser encarada como um desdobramento da ideia de proporcionalidade, tomada em sentido amplo), quanto pelas resistências encontradas em sede doutrinária, já que ainda elevado o grau de ceticismo em relação à construção teórica da vedação de insuficiência¹¹⁰. De modo especial, argumenta-se que existe uma substancial

¹⁰⁶ Importa registrar a discussão doutrinária a respeito da fungibilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente a existência de fortes posições que, também entre nós, sustentam a ausência de identidade entre ambos, notadamente quanto ao fato de que o princípio da proporcionalidade tal como desenvolvido dogmaticamente na Alemanha (embora também lá não de modo completamente uniforme e incontroverso quanto a uma série de aspectos) não equivale pura e simplesmente à razoabilidade dos americanos (como, por exemplo, chega a sugerir BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 57), e que possui, portanto, um sentido e conteúdo distintos, pelo menos parcialmente, considerando especialmente as noções de proporcionalidade em sentido amplo e em sentido estrito dos alemães. A respeito desse ponto, remetemos especialmente aos estudos de STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos...*, p. 173 e ss. e, mais recentemente, SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Do proporcional e do razoável*. p. 27 e ss.

¹⁰⁷ A respeito dos três critérios e sua aplicação, v., dentre tantos, SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade...*, p. 97 e ss. e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 264-65. Entre nós, v., entre outros, também nesse sentido (pelo menos em linhas gerais e no que diz com a adoção deste exame da proporcionalidade em três níveis, consoante o paradigma germânico) as já clássicas contribuições de BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p. 360 e ss.; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.) *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 25 e ss., (o autor possui outros estudos importantes sobre o tema); MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos individuais e sua limitações...* p. 246 e ss.; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos e princípio da proporcionalidade*. p. 137 e ss. e, por último, ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. p. 108 e ss.

¹⁰⁸ Cfe. SCHOLLER, Heinrich. *O princípio da proporcionalidade...* p. 101-2.

¹⁰⁹ Cfe. DIETLEIN, Johannes. *Das Untermassverbot*. In: *Zeitschrift für Gesetzgebung*. (ZG), 1995. p. 132-3, apontando que, a despeito de se tratar de um conceito tão aberto e indeterminado quanto o da proibição de excesso (no que não se registram maiores diferenças entre ambas as noções). A proibição de excesso está longe de encontrar o mesmo grau de concretização e desenvolvimento que o alcançado pela proibição de excesso ou proporcionalidade no sentido tradicionalmente utilizado.

¹¹⁰ V. o próprio DIETLEIN, Johannes. In: ZG, 1995. p. 133 e ss., assim como HAIN, Karl Eberhard. *Das Untermassverbot in der Kontroverse*. in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, (ZG), 1996. p. 75 e ss.

congruência (pelo menos no tocante aos resultados) entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, notadamente pelo fato de que esta encontra-se abrangida pela proibição de excesso, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo exigível, reclamado pela proibição de insuficiência.¹¹¹

Insistindo na autonomia dogmática da categoria da proibição de insuficiência, umbilicalmente vinculada à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção), Canaris sustenta que – a despeito de uma possível (mas não necessária) equivalência no campo dos resultados - não incidem exatamente os mesmos argumentos que são utilizados no âmbito da proibição de excesso, na sua aplicação em relação aos direitos fundamentais, na sua função defensiva (como proibições de intervenção), já que em causa estão situações completamente distintas: na esfera de uma proibição de intervenção está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção, no âmbito de proteção de um direito fundamental, ao passo que no campo dos imperativos de tutela cuida-se de uma omissão, por parte do Estado, em assegurar a proteção de um bem fundamental, ou mesmo de uma atuação insuficiente, para assegurar, de modo minimamente eficaz, tal proteção¹¹².

Outro argumento, colacionado por Canaris, em prol de uma diferenciação não meramente cosmética entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, reside na circunstância diversa à intensidade de vinculação do poder público aos respectivos parâmetros, até mesmo por força da diversa vinculação à função defensiva e prestacional dos direitos fundamentais, considerando que é esta última que diz com os deveres de proteção, de tal sorte que, no âmbito da proibição de insuficiência, é assegurada uma margem significativamente maior aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, a quem incumbe, em primeira linha, eleger e definir as medidas protetivas¹¹³. Nessa linha de pensamento, segue decidindo também o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ao afirmar que o legislador (e mesmo o poder regulamentar) dispõe de uma expressiva margem de manobra no que diz com a implementação do dever de proteção, o que inclui a possibilidade de levar em conta interesses públicos e privados, concorrentes, já que o dever constitucional de proteção não impõe a adoção de todas as possíveis e imagináveis medidas de proteção, na medida em que uma violação do dever de proteção pode ser reconhecida, quando nenhuma medida concreta e adequada é tomada, ou as medidas forem inteiramente inadequadas ou ineficazes¹¹⁴.

Também Dietlein, um dos principais teóricos dos deveres de proteção na Alemanha, acaba por rechaçar o argumento da substancial equivalência (que sugere substituir por uma congruência parcial) entre proibição de excesso e insuficiência. O autor argumenta que, no âmbito da primeira, o requisito da necessidade constitui uma grandeza vinculada a uma determinada e concreta medida legislativa, de tal sorte que o seu controle limita-se ao âmbito interno da lei, ao passo que o exame da necessidade levado a efeito, em se tratando de um dever de proteção estatal (e, portanto, da incidência da proibição de insuficiência), diz com uma grandeza que

¹¹¹ Cfe. a forte e original crítica de HAIN, Eberhard. *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermass- und Untermassverbot?*. In: *DVBL (Deutsches Verwaltungsblatt)* 1973. p. 982 e ss, aqui apresentada de modo resumido.

¹¹² Cfe. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. p. 39 e ss.

¹¹³ Cfe. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. p. 43 e ss., argumentando que a proteção acaba, em regra, ocorrendo por intermédio da legislação ordinária que, por sua vez, será passível de controle pelo Poder Judiciário, quando presentes os pressupostos mínimos para tanto, especialmente a existência de um dever constitucional de ação e sua manifesta inobservância, além dos demais aspectos já referidos anteriormente quando discorreremos sobre os deveres de proteção em geral (v. *Supra*, 2.1).

¹¹⁴ Cfe. decisão do Tribunal Constitucional Federal do dia 28.02.2002(DÖV -*Die öffentliche Verwaltung*. 2002. p. 521).

transcende o ato legislativo concreto, baseada diretamente em um valor de natureza constitucional¹¹⁵.

Deixando aqui de lado outras dimensões relevantes da problemática, o que nos importa destacar é a existência de pelo menos um elo comum inquestionável entre as categorias da proibição de excesso e de insuficiência, que é o critério da necessidade (isto é, da exigibilidade) da restrição ou do imperativo de tutela que incumbe ao poder público. Em suma, haverá de se ter presente sempre a noção, entre nós enfaticamente advogada por Juarez Freitas, que “o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio.”¹¹⁶ O fato que o adequado manejo dessa premissa lança não poucos e espinhosos desafios ao intérprete e enfatiza o quanto a problemática do equilíbrio entre excesso e insuficiência afeta o âmbito do direito penal, quase que dispensa comentários mas, nem por isso, dispensa uma intensa e abrangente discussão. No próximo segmento, tentaremos explorar um pouco mais tal dimensão, à luz de alguns exemplos, tendo sempre em mente a ideia motriz de que proporcionalidade. Estado democrático de Direito e garantismo (não apenas na esfera penal) são grandezas indissociáveis, complementares e reciprocamente determinantes, mas não necessariamente imunes a tensões na sua convivência e, portanto, reclamam uma correta aplicação à luz das circunstâncias do caso concreto.

4 DEVERES DE PROTEÇÃO E PROPORCIONALIDADE NA ESFERA JURÍDICO-PENAL: REFLEXÕES COM BASE NA ANÁLISE DE ALGUNS CASOS CONCRETOS

A partir do arsenal dogmático esboçado, caso manuseado com bom senso e criatividade e almejando sempre alcançar uma solução justa (no sentido da melhor resposta possível) para boa parte dos conflitos jurídico-penais, levados ao Poder Judiciário, empreenderemos, neste segmento, a tentativa de avaliar criticamente – à luz das premissas de que ao Estado incumbe um dever de proteção dos direitos fundamentais e de que na sua atuação deverá observar as exigências tanto da proibição de excesso quanto de insuficiência - algumas das opções tomadas pelos órgãos jurisdicionais ao aplicarem o princípio da proporcionalidade, sempre guiados pelo espírito já anunciado nas notas introdutórias, de lançar apenas algumas breves reflexões e agregar alguns argumentos para o diálogo.

No tocante à utilização do princípio da proporcionalidade importa que, desde logo, seja feito o registro de que a jurisprudência pátria tem feito, em regra, bom uso das perspectivas abertas. Dois exemplos servem para substanciar a assertiva.

No primeiro caso, cuida-se de decisão do Superior Tribunal de Justiça (doravante STJ), proferida por sua Terceira Seção, em 24 de outubro de 2001, que deliberou pelo cancelamento da Súmula 174-STJ e consignou: “O aumento especial de pena no crime de roubo, em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ), viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art.

¹¹⁵ Cfe. DIETLEIN, Johannes. In: ZG, 1995. p. 136-7. Para Dietlein, a autonomia das duas categorias pode ser demonstrada, plasticamente, com base na problemática do aborto, já que se o legislador formulasse um regramento exigindo das mulheres com intenção de abortar a aquisição e leitura de um informativo a respeito da vida intrauterina, tal exigência dificilmente poderia ser considerada uma violação da proibição de excesso, por intervenção na esfera de liberdade da mulher, já que justificada pela finalidade legítima da intervenção, pela adequação da medida e sua exigibilidade. Em contrapartida, resulta igualmente evidente que o dever de proteção do estado, em relação à vida intrauterina, de longe não resta implementado pela simples exigência da aquisição de um boletim informativo.

¹¹⁶ Cfe. FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 56-7, colacionando exemplos na esfera de atuação do administrador.

1º, do Código Penal), do *ne bis in idem*, e da proporcionalidade da pena. Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de 20.02.1997 que, em seu art. 10, par. 1º, inciso II, criminalizou a utilização da arma de brinquedo para o fim de cometer crimes” (Recurso Especial n. 213.054-SP, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, voto vencido). O Min. Gilson Dipp, ao distinguir o óbvio – quem porta uma arma de verdade sabe que poderá matar, quem porta uma arma de brinquedo sabe que não poderá fazê-lo –, observou que tratar igualmente situações objetiva e subjetivamente diversas poderia “malferir o princípio da proporcionalidade”.¹¹⁷

Outra interessante aplicação, que pessoalmente não hesitamos em aplaudir enfaticamente, mas que ainda está sendo objeto de acirrada disputada nos tribunais, considera que há violação aos princípios da isonomia e proporcionalidade na dosimetria da pena do furto qualificado, em cotejo com a pena prevista para o roubo qualificado. Neste sentido, importa conferir o acórdão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Tendo em vista os princípios da proporcionalidade e isonomia previstos na Constituição Federal, e diante da necessária releitura do Código Penal face aos novos tempos, a punição pela prática de furto qualificado deve ser idêntica ao do roubo com a mesma qualidade. Ao invés de um apenamento fixo, como estabelece o parágrafo 4º, tem-se que aplicar a pena da modalidade simples e aumentá-la de um terço a metade. Voto vencido. (Apelação crime n. 70003435021, Rel. Desembargador Sylvio Baptista Neto, 13 de dezembro de 2001).¹¹⁸

Ainda no que se refere à desproporção no aumento da pena do furto qualificado, em confronto com a majorante do roubo, impõe-se o registro de que tal tese (como, de resto, outras propostas no contexto de uma leitura constitucionalmente adequada da normativa penal) foi lançada pelo ilustre Procurador de Justiça e doutrinador gaúcho Lênio Luiz Streck, que sustentou a tese com base no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, e na interpretação conforme a Constituição. Com efeito, sendo os dispositivos do Código Penal de 1940, tais normas não estariam recepcionadas (dispensado o incidente de inconstitucionalidade), de tal sorte que aplicável a interpretação conforme a Constituição. Assim, o texto legislativo permaneceria em sua literalidade, construindo o intérprete uma nova norma, já que evidente a desproporcionalidade em se considerando que a pena do furto é dobrada se praticado em concurso de pessoas, ao passo que, no roubo, aumenta apenas um terço.

Exemplo que – em função da posição divergente ainda em virtude da orientação adotada por muito tempo pelo Supremo Tribunal Federal (doravante STF), segue polêmico é o da possibilidade de concessão de liberdade provisória e da progressão de regime, em se tratando de acusação ou condenação pela prática de crime definido como hediondo, nos termos da Lei Federal nº 8.072/1990. Em ambos (liberdade provisória e progressão de regime) filiamo-nos ao entendimento, há muito sustentado por boa parte da doutrina e até mesmo por alguns segmentos da jurisprudência, que vislumbra, nas hipóteses referidas, uma violação flagrante dos requisitos da proporcionalidade, tese que acabou sendo, ainda que por ora em decisão proferida

¹¹⁷ Isso não significa, na esteira de anterior voto do saudoso Min. Assis Toledo, que a arma de brinquedo não possa caracterizar a “grave ameaça” que transforma o furto em roubo (ainda que, tecnicamente, ocorresse um furto mediante fraude), mas afasta o grave equívoco de considerá-la para os efeitos do disposto no parágrafo 2º do art. 157, cuja expressão verbal é “emprego de arma”.

¹¹⁸ A 8ª Câmara Criminal do TJRS, entretanto, entende a “Arguição de inconstitucionalidade sem concretude. A diferenciação na exasperação da pena, ocorrente entre o furto e o roubo em relação ao concurso de pessoas, deflui da própria sistemática penal, não se constatando, no caso, qualquer pecha de inconstitucionalidade no artigo de lei fustigado. É inviável a aplicação, por analogia, da majorante prevista para o roubo ao furto qualificado pelo concurso de agentes, pois se está diante de norma expressa, inexistente lacuna da lei.” [Apelação crime n. 70004326609, Rel. Des. Roque Miguel Fank, 09.10.2002. No mesmo sentido: Embargos Infringentes, 3º Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Des. Luís Gonzaga da Silva Moura, nº 70002636892 (17.08.2001) e nº. 70001362482 (15.09.2000)].

em sede de controle concreto e difuso de constitucionalidade, consagrada pelo STF, pelo menos no concernente à progressão de regime¹¹⁹.

Com efeito, no que tange à relação à primeira hipótese, a da prisão provisória, bastaria o argumento do sacrifício (pelo simples fato de pesar contra determinada pessoa uma acusação de ter praticado crime, tido como hediondo) da presunção de inocência e a impossibilidade de uma ponderação calcada no caso concreto¹²⁰. Já no caso da progressão de regime, cuida-se de exigência constitucional inarredável (até mesmo como corolário da própria proporcionalidade) e que não poderia ser completamente ignorada pelo legislador¹²¹. Sob essa concepção, importa registrar que em homenagem à liberdade de conformação legislativa, e até mesmo para tratar de modo distinto os crimes mais graves, não haveria problema algum em estabelecer uma progressão diferenciada para os crimes assim chamados de hediondos (o que poderia ocorrer, em caráter ilustrativo, até mesmo após o cumprimento de um terço ou até a metade da pena), mas jamais a ausência de progressão, com a liberação apenas por ocasião de um livramento condicional, esse sim, corretamente viabilizado pela legislação referida, ainda que em momento diverso e com maior rigor. Salta aos olhos que a vedação pura e simples da progressão (pela exigência de cumprimento da pena em regime fechado, até o livramento, que, de resto, pode ser negado) é manifestamente incompatível com o sentido mínimo da noção de proporcionalidade, o que lamentavelmente não tem, ainda, sido reconhecido por boa parte dos nossos Tribunais¹²². Cuidando-se de temática conhecida e amplamente debatida na doutrina, deixaremos aqui de tecer outras considerações.

Outro exemplo que merece ser colacionado é o da polêmica decisão da 5ª Câmara Criminal do TJRS, na Apelação crime n. 699.291.050, julgada em 11 de agosto de 2000: “Furto. Circunstância agravante. Reincidência. Inconstitucionalidade por representar *bis in idem*. Voto vencido. Negaram provimento ao apelo da acusação por maioria” (Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho). Mais uma vez, seguiram-se as críticas e argutas considerações de Lênio Streck, no sentido de que o duplo gravame da reincidência (como fundamento para o agravamento da pena do novo delito e fator obstaculizante de uma série de benefícios legais) é antigarantista e incompatível com o Estado Democrático de Direito, inclusive pelo seu componente estigmatizante, pois divide os indivíduos em “aqueles-que-aprenderam-a-conviver-em-sociedade e aqueles-que-não-aprenderam-e-insistem-em-continuar-delinquindo”.¹²³

¹¹⁹ Cfe. julgamento proferido no Habeas Corpus nº 82959/SP, em 23.02.2006, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, no qual, em virtude do pedido, a questão restou limitada à progressão de regime, não sendo apreciada a possibilidade de concessão da liberdade provisória, na hipótese de crime considerado “hediondo”, nos termos da Lei Federal n. 8072/90.

¹²⁰ A respeito do tema da prisão provisória e da inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória nos casos dos assim chamados crimes hediondos, v. a pioneira contribuição de Odone Sanguiné, “Inconstitucionalidade da Proibição de Liberdade Provisória do Inciso II do Artigo 2º, da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990”, na *Revista dos Tribunais*, n. 667, p. 252-58, maio de 1991. Dentre a produção monográfica nacional, remetemos aqui ao excelente texto de FLACH, Norberto. *Prisão processual penal: discussão à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da segurança jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; GERBER, Daniel. *Prisão em flagrante: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹²¹ Cfe. já reconhecido, de modo irreparável, pelo TJRS, colacionando-se aqui o Acórdão prolatado no Agravo n. 698 287 661 (Cruz Alta), pela 5ª Câmara Criminal, tendo como Relator o Des. Amilton Bueno de Carvalho, na linha do que já tem decidido, em alguns casos, o nosso Superior Tribunal de Justiça.

¹²² Sobre este ponto, e, de modo geral, abordando várias questões polêmicas no âmbito da execução penal e do seu controle de constitucionalidade, v., dentre tantos, citamos a importante coletânea organizada por CARVALHO, Salo de. *Crítica à execução penal*. Doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹²³ Na fundamentação da abolição da reincidência seguiu-se as lições de Zaffaroni e de Ferrajoli. Para maiores detalhes, inclusive instigante comentário de CARVALHO, Salo de. *Revista Jurídica*, a.47, n. 268, p.119-35, fev./2000. Uma análise (no caso, endossando as conclusões do TJRS) desta e de outras decisões encontra-se na obra de CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 61 e ss. no concernente à reincidência.

A tese, todavia, não tem encontrado guarida no STJ que, em 17 de junho de 2003, no Recurso Especial n. 401.274-RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, anotou: "(...) 3. Reconhecida a violação ao art. 61, inciso I, do Código Penal, uma vez que, no momento da dosimetria da pena, estando comprovada a reincidência, a sanção corporal a ser imposta deverá ser sempre agravada. Precedentes. 4. No mesmo diapasão, o acórdão objurgado, ao aplicar ao furto mediante concurso, por analogia, a majorante do roubo em igual condição, violou o parágrafo 4º do art. 155 do Código Penal.(...).

A relatora, mesmo respeitando as teses que criticam o sistema legal vigente, acabou por endossar a liberdade democrática de conformação legislativa, de tal sorte que considera imprescindível que seja "efetivamente respeitado e aplicado (...) o legislador endereçou um comando, e não uma faculdade (...) estando comprovada a reincidência, a sanção corporal a ser imposta deverá sempre ser agravada." Ainda segundo a ilustre condutora do Acórdão, negar vigência ao dispositivo legal, que consagra a agravante da reincidência, representaria uma violação dos princípios constitucionais, da isonomia e individualização da pena, pois estar-se-ia igualando réus com situações pessoais desiguais, no caso, um criminoso contumaz, que possui condenações transitadas em julgado, a um criminoso primário (que nunca delinuiu), privilegiando o primeiro. O acórdão reitera – convém que seja frisado este aspecto - que inócua um "bis in idem", da mesma forma que não se trata de considerar o reincidente mais perverso, não sendo o caso de debater se o Estado estimula, ou não, a reincidência.

Quanto à majorante do roubo, a Relatora limitou-se a reproduzir as razões do Ministério Público, no sentido de que o legislador adotou tratamento diferenciado nos tipos dos artigos 155 e 157, no que toca ao concurso de pessoas. Nesse ponto, desconsiderando aqui a obviedade da ponderação que, por sua vez, não disfarça uma postura, de certo modo, submissa e acrítica em relação à "manifesta vontade do legislador", a Corte deixou de avançar no tocante às razões do tratamento diferenciado, deixando, portanto, de efetuar a sua análise com base no teste de proporcionalidade, com o escopo de verificar se subsiste fundamento suficiente para a configuração daquela determinada opção legislativa.

Retornando à questão da constitucionalidade da reincidência, verifica-se que essa, no nosso entender, reclama maior digressão, seja no que diz com a sua fundamentação, seja no concernente aos resultados, vale avançar algo mais na análise de alguns dos argumentos esgrimidos na decisão citada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Assim, a despeito das fortes e abalizadas razões apresentadas em prol até mesmo da irracionalidade do instituto da reincidência e da sua incompatibilidade com as teses garantistas¹²⁴, não há como reconhecer, por outro lado, que se o garantismo parte necessariamente do postulado da secularização (inclusive da pena e dos critérios de sua aplicação¹²⁵) e se de fato existem dados estatísticos a demonstrarem que a aplicação do instituto da reincidência, como agravante da pena, não resultou em índices de criminalidade mais favoráveis, a eleição pelo legislador de um critério objetivo (no caso, a existência de condenação anterior transitada em julgado) e o reconhecido caráter punitivo

¹²⁴ Nesse sentido, não poderíamos deixar de remeter às ponderações instigantes de CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena no estado democrático de direito e garantismo: Considerações a partir do princípio da secularização*. In: CARVALHO, Amilton Bueno de e CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 61 e ss. Na mesma direção, sustentando enfaticamente a inconstitucionalidade da reincidência, situa-se a doutrina de COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 193 e ss.. Mais recentemente, BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 242 e ss., elenca uma série de argumentos adicionais em prol da tese da ilegitimidade constitucional da agravante.

¹²⁵ A respeito dos postulados do garantismo, do seu significado e das suas implicações, notadamente no concernente à pena e sua aplicação (e execução) v., entre nós, o referencial trabalho de CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

e preventivo da pena (que, também de acordo com uma leitura garantista e, pelo menos, num certo sentido, não poderia ter o intento de ressocializar a pessoa humana) acaba até mesmo assumindo uma condição, em princípio, talvez, não tão incompatível com as próprias premissas do garantismo, desde que, é claro, devidamente reinterpretado.

De outra parte, a tese do “bis in idem”, no sentido de que ao aplicar a agravante da reincidência se está a penalizar duplamente um delito anterior, poderia não ser, pelo menos, a única forma de perceber o fenômeno, já que a agravante incide justamente pelo fato da prática de um novo delito e somente por essa razão. De qualquer modo, não parece necessariamente ilegítimo que um Estado democrático de Direito, por assumir a condição de garante dos bens fundamentais (e bastaria aqui mencionar a dignidade, a vida e a igualdade), de toda e qualquer pessoa humana, possa exigir do cidadão que não viole os direitos fundamentais de seus semelhantes e que, nessa perspectiva, mantenha uma atitude socialmente adequada, respeitando-se, por óbvio, os elementos nucleares de sua própria personalidade¹²⁶. Assim, uma coisa é exigir - apenas para citar um exemplo já discutido entre nós - o arrependimento do apenado como condição para a concessão do livramento condicional (o que é manifestamente inconstitucional por ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁷), ao passo que outra é impor a quem comete um segundo crime uma sanção penal mais elevada do que receberia se tivesse violado apenas uma vez um bem fundamental de outro ser humano, ainda mais em se considerando condutas ofensivas a bens de alto valor, como a vida e a dignidade. Não se poderá olvidar que proporcionalidade e isonomia são grandezas indissociáveis e também que, entre ambas, importa manter um adequado equilíbrio.

Se formos, ainda nessa perspectiva, atentar para a dimensão da proibição de insuficiência, que exige a tomada de medidas necessárias à proteção dos direitos fundamentais, talvez seja possível questionar também que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade do instituto da reincidência, pelo menos sem uma correspondente alternativa (que até poderia ser a sua análise no âmbito da fixação da pena-base, ao avaliar-se a culpabilidade do agente, como já proposto também entre nós), poderia contribuir no mínimo, para estimular uma reiteração na prática delitativa, ainda que essa linha argumentativa, certamente, esteja a reclamar maior desenvolvimento.

Para além do exposto, a despeito da habilidade do argumento, não nos parece que seja necessário declarar a inconstitucionalidade da agravante da reincidência, por ser inviável (em virtude da expressão *sempre* contida no artigo 61, inciso I, do Código Penal, que, de fato, a exemplo do argumento utilizado no caso da vedação da liberdade provisória na hipótese de crime hediondo, ofende frontalmente as exigências da proporcionalidade) uma interpretação conforme a Constituição. Com efeito, sabe-se que sempre é possível a declaração da inconstitucionalidade, até mesmo de uma expressão apenas, de tal sorte que, uma vez

¹²⁶ Nesse quadro, também o já referido argumento de cunho estigmatizante do instituto da reincidência, talvez possa ser repensado, pois não há como negar que uma simples condenação criminal (para muitos até mesmo o simples fato de ser processado) já possuam um caráter mais ou menos estigmatizante. É claro que o caráter estigmatizante, somado à discussão em torno da falência do sistema penal, em termos de prevenção e ressocialização, acaba por reforçar a tese também da inconstitucionalidade da reincidência, mas também não afasta o argumento de que, independentemente de qualquer caráter ressocializador, existem casos em que a contenção da pessoa, no sentido de evitar graves violações de bens jurídicos relevantes, segue sendo um problema a ser resolvido.

¹²⁷ Nessa linha, situa-se o Acórdão da 8ª Câmara Criminal do TJRS, proferido no Agravo n. 699128922, Porto Alegre, Relatado pelo Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, considerando que a exigência de arrependimento não pode, por si só, obstar a progressão de regime, pois o Estado “não está legitimado a modificar a personalidade do agente e a prisão não é ‘lavagem cerebral’”. Sustentando a mesma tese, agora diretamente embasada na dignidade da pessoa humana, v. PINZON, Natália Gimenes. *Uma perspectiva transdisciplinar da violência no discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2003. Dissertação (orientada pelo Prof. Dr. Salo de Carvalho). Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do RS, ainda não publicada.

reconhecida a inconstitucionalidade do termo sempre, o exame do caso concreto permitiria ao aplicador da pena que, mediante uma análise das circunstâncias do caso, aplicasse, ou não, a agravante, especialmente quando se tratar de delitos menos graves, considerando os bens atingidos. Ademais, ainda que aplicada a agravante (embora não sempre) abre-se igualmente a alternativa de não agregar sempre ao reconhecimento da incidência os seus efeitos adicionais, como a impossibilidade da substituição da pena, o agravamento do regime de cumprimento da pena, etc. Mediante a aplicação diferenciada caso a caso (que, de resto, já foi proposta entre nós¹²⁸), a aferição da proporcionalidade da aplicação da reincidência como agravante, e das suas demais consequências, acabaria por permitir soluções mais afinadas com as exigências da própria proporcionalidade e um equilíbrio entre a sua dupla perspectiva, como proibição de excesso e de insuficiência.

Assim, o que se percebe é que a tese da declaração de inconstitucionalidade do próprio instituto da reincidência, como tal, é merecedora, pelo menos de uma análise mais profunda, e esbarra em fortes argumentos contrários, os quais também podem ser ancorados numa visão garantista do direito penal, o que reclama, contudo, uma leitura à luz do caso concreto, e da proporcionalidade, de tal sorte que buscamos aqui apenas problematizar um tanto mais a questão. O mesmo, contudo, não nos parece possa ser sustentado em outro caso, no qual a decisão judicial – a despeito da sua fundamentação constitucional, dificilmente resiste em face de um adequado manejo da proporcionalidade, nas suas duas perspectivas.

Estamos a falar de caso ocorrido no interior do Rio Grande do Sul, onde autor de atentado violento ao pudor, praticado contra duas crianças, foi também condenado por outro atentado violento ao pudor e homicídio tentado (a criança violada teve a sua garganta cortada para não denunciar o crime, mas logrou sobreviver), já tendo sido condenado e cumprido pena por outro atentado violento ao pudor, igualmente praticado contra criança. Em todos os processos (três) havia sido instaurado incidente de insanidade e os laudos foram uníssonos em afirmar a alta periculosidade do agente, a certeza da reincidência específica (pelo quadro do distúrbio apresentado), além de recomendarem a não redução da pena. A sentença – que havia condenado o autor em ambos os processos (atentado duplo ao pudor e atentado ao pudor e homicídio tentado), aplicou o concurso material, reconheceu a agravante e deixou de reduzir a pena, com base nas circunstâncias apontadas no laudo, valendo-se da opção outorgada ao julgador pela lei, nos casos de semi-imputabilidade. Por ocasião do julgamento da apelação, a sentença foi confirmada quanto à autoria e materialidade, relativamente a todos os fatos imputados ao denunciado, mas – em “homenagem à Constituição” – houve reconhecimento da continuidade delitiva e redução da pena, interpretada essa como obrigatória por força da Constituição e, o que é pior, sem qualquer argumentação adicional¹²⁹.

No que diz respeito ao despeito da legitimidade dos argumentos, que questionam o sistema penal, no que tange ao tratamento dos distúrbios de personalidade e, de modo especial, a questão dos manicômios judiciais (o que não ocorreu no caso concreto, já que se tratou de aplicação de pena e não de medida de segurança), a decisão do TJRS, nesse caso, violou diretamente o princípio da proporcionalidade (já que também as sentenças judiciais e não apenas os atos do legislador devem obediência ao princípio), e o fato que, pelo menos, a exigência

¹²⁸ Nessa linha, embora não nos mesmos termos, situa-se a proposta de CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reincidência. In: *Informativo do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC)*, a.1, n. 3, p. 3, 1999, sugerindo, em síntese, uma análise guiada pelo caso concreto, aplicando-se a agravante da reincidência apenas quando houver uma conexão direta e inequívoca com o fato, e entre os delitos.

¹²⁹ Cuida-se de Apelação Criminal julgada pelo TJRS (o processo tramitou na Comarca de Cachoeira do Sul) e que, por não ter sido publicada, vai aqui referida sem a identificação de qualquer um dos envolvidos, já que a utilização, no presente texto, teve o intuito apenas de apresentar um exemplo suficientemente ilustrativo para a discussão aqui empreendida.

constitucional da redução da pena carece de qualquer fundamento razoável, ainda mais em face das circunstâncias concretas, nos parece ser de difícil contestação e definitivamente não representa a melhor leitura de um garantismo, pretensamente afinado com o Estado democrático de Direito. De outra parte, para além de outras hipóteses que poderiam aqui ser colacionadas e discutidas¹³⁰, consideramos que os exemplos referidos – ainda que sujeitos a acirrada controvérsia – indicam o quanto a temática, ora ventilada, reclama investimentos efetivos por parte da doutrina e jurisprudência e, pelo menos, a oportunidade da discussão ora enfrentada.

5 CONCLUSÃO: O POSSÍVEL EQUILÍBRIO ENTRE PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA COMO TAREFA DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO GENUINAMENTE “GARANTISTA”

À luz das premissas lançadas e dos poucos exemplos discutidos, bem como considerando o quadro no qual se insere a problemática, não há como deixar de tecer algumas considerações em torno das virtualidades do princípio da proporcionalidade, na via de duas mãos (excesso e insuficiência), também na esfera da hoje onipresente política criminal.

Com efeito, se tomarmos o tão citado exemplo do sistema de justiça criminal nos Estados Unidos, verifica-se que este, atualmente, padece, no que tange às taxas de encarceramento, de disfunção de proporcionalidade, ao menos em comparação com taxas internacionais. Depois de quase um século de taxas em torno de 100 presos, por cem mil habitantes, por volta da década de 1980 “a população prisional disparou em direção ao céu”, praticamente quadruplicou desde então. A taxa 100 X 100.000 é considerada uma taxa média razoável (na Alemanha, é de 85 X 100.000; na França, é de 95 X 100.000; na Inglaterra, 100 X 100.000; na Espanha, 105 X 100.000; no Canadá, 115 X 100.000). Nos Estados Unidos, a taxa chegou aos espantosos 600 X 100.000, só comparáveis aos 690 X 100.000 da Rússia, assolada pela máfia. Os dados são de 1995, fornecidos por Eric Lotke, aliás, em palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim¹³¹. Tais estatísticas, quando vinculadas à política de uma intervenção, baseada na ideia de “tolerância zero”, indicam que essa solução é, por definição, desproporcional, ao menos se quiser significar repressão mais dura para delitos menos graves e enquanto embasada na ideia de que a relação de causalidade, entre desordem e criminalidade, é mais forte do que outras causas (pobreza, minoria racial discriminada, etc.), a exemplo das considerações de George Kelling e Catherine Coles que, na sua obra síntese, *Fixing Broken Windows*, empreenderam a tentativa de demonstrar o nexos causal, entre criminalidade violenta e a não repressão a pequenos delitos e contravenções¹³².

Para além da discussão sobre a real eficácia (e os custos) da tolerância zero, nas cidades em que foi implantada – debate complexo e ainda em aberto, especialmente nos EUA – preocupa a filosofia intolerante (e portanto desproporcional) e uma leitura de que o oposto da tolerância zero é o direito penal mínimo, que seria um “ovo de serpente” a engendrar criminalidade violenta e que tem sido acusado, a nosso sentir por equívoco, de preconizar que apenas condutas que

¹³⁰ Aqui remetemos ao instigante ensaio de STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade...*, p. 181 e ss., colacionando e analisando à luz da temática da “dupla face” da proporcionalidade, várias hipóteses vinculadas ao direito penal. Também CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 31 e ss., acabou reconhecendo a necessidade da observância da proibição de excesso e de insuficiência, discutindo algumas hipóteses.

¹³¹ Cfe. LOTKE, Eric. A dignidade humana e o sistema de justiça criminal nos EUA. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 24, p. 39-41.

¹³² A respeito dessa perspectiva, v. o já referido ensaio de RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade*. In: *Revista do Ministério Público –RS*, Porto Alegre, n. 49, p.175-200, jan./mar. 2003, destacando, mais uma vez, que não endossamos boa parte das posições sustentadas.

“configurem um ato de violência física ou uma ameaça grave devem ser criminalizadas”, quando seria preciso sinalizar ao “desordeiro” que sua conduta “é grave e não será tolerada pelo Estado”. A identificação, simplificadora, é indevida, mas adverte para uma ambiência cultural que não é, especialmente na população em geral, favorável à maximização dos espaços de liberdade da cidadania e nos remete às considerações tecidas na primeira parte deste estudo, no tocante à crise dos direitos fundamentais, num contexto crescentemente marcado pela polarização e desconfiança. De outra parte, ao invés de preconizar um regime pautado por uma “tolerância zero”, a meta – evidentemente ideal, mas nem por isso inviável de ser alcançada em patamares satisfatórios – de qualquer Estado Democrático deveria ser a da “criminalidade zero”, o que, por sua vez não nos parece possa ser alcançado numa ambiência cunhada pela intolerância e pela polarização e, portanto, da própria potencialização dos conflitos sociais.

Bastariam essas breves notas para se perceber que, de qualquer modo, seja necessário focar a questão da segurança e da polícia no âmbito do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, Winfried Hassemer bem demonstra o caráter regressivo dos atuais movimentos de lei e ordem mas, especialmente, analisa a experiência dos riscos e da erosão normativa que determinam nossa vida cotidiana, provocando uma sensação de paralisia, de tal sorte que o Estado, antes um Leviatã, passa a ser “companheiro de armas dos cidadãos, disposto a defendê-los dos perigos e dos grandes problemas da época”¹³³. Enquadrando a problemática na teoria dos direitos fundamentais, estes, consoante já frisado, expressam também uma ordem objetiva de valores e são objeto de deveres de proteção (e, portanto, de prestações “protetivas”) por parte do Estado. Todavia, à medida em que crescem tais expectativas, um direito à segurança, ainda de acordo com a lição de Hassemer, traduz-se na atitude do cidadão comum, que trocaria “liberdade por segurança”, tarefa de que se encarregaria a polícia. Entretanto, a tolerância zero promete ainda mais: “ordem” e segurança. Simbolicamente, o delito, antes que lesão de bens, passa a ser visto como lesão ao direito, revelador de uma atitude inamistosa (*Life style crimes*), ainda que nas suas manifestações mais leves – justamente, onde a ideia tradicional de proporcionalidade conduz a um castigo leve ou alternativo, de menor custo social¹³⁴. Na sequência, Hassemer adverte contra a tendência a uma ampliação massiva do arbítrio para decidir tanto o “se” como o “como” da intervenção, oferecendo um modelo de reação desligado das leis ou de qualquer outro tipo de normas, para alcançar maior flexibilidade e eficácia. Tal concepção deve ser rechaçada, inclusive porque um dos fortes limites do Estado de Direito é a proporcionalidade, entre o delito e a reação ao mesmo¹³⁵.

Na práxis social, no entanto, ressoa, de modo cada vez mais intenso, o coro dos intolerantes a indicar o quanto importa um questionamento sereno – entre outras indagações que aqui poderiam ser levantadas - a respeito de quais alternativas eficazes o direito penal pode ofertar, bem como de se um minimalismo extremado (e, progressivamente, autista) seria a única alternativa, ainda mais desconsiderando a necessidade social.

Nessa perspectiva, duas vozes ponderadas podem nos socorrer. Da banda espanhola, recolhemos as lições de Silva Sánchez, que rejeita a disjuntiva entre uma política criminal “ilustrada”/científica (comprometida com os direitos humanos e as garantias do Estado de Direito) e uma política criminal real, liberada daqueles incômodos, acientífica, para iniciar uma cruzada contra o mal, sustentando que tal dicotomia não é a única abordagem cientificamente possível¹³⁶. Nesse quadro, Silva Sánchez afasta-se tanto de uma opção funcionalista (que apenas homologa

¹³³ Cfe. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad...* p. 254 –7 e p. 270.

¹³⁴ Cfe. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad...* p. 279.

¹³⁵ Cfe. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad...* p. 282.

¹³⁶ Cfe. SANCHEZ, Jesús-María Silva. Retos científicos y retos políticos de la ciencia Del derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 36, p. 44-5.

a lógica posta da evolução social hegemônica) quanto de uma opção crítica, que inadmitte abordagem científica para a prática político-criminal e legislativa, demonstrando, ao revés, que idealismo e funcionalismo, os quais estariam na base dos extremos, são concepções filosóficas globais e, como tais, inflexíveis, já que o idealismo nega a relevância de alguns dos problemas reais (ou vividos como reais) que surgem nas sociedades complexas, ao passo que o funcionalismo refuta a possibilidade de soluções alternativas, de tal sorte que se trata de assumir as tendências da práxis legislativa e judicial, no quadro social em que se produzem, como um desafio político e também como um desafio científico.¹³⁷

Por sua vez, verifica-se que Figueiredo Dias também parte do *topos* do risco e de suas implicações para o direito penal, reafirmando que a preservação da dignidade da pessoa – da pessoa do delincente e dos outros – é onde “radica o axioma onto-antropológico de todo o discurso jurídico-penal”¹³⁸. Nesse contexto, ao indagar, de forma direta e aguda, se o “risco” incorporado ao direito penal significaria o fim da proteção de bens jurídicos, reconhece que a resposta haveria de ser afirmativa, se o bem jurídico tivesse que conservar o caráter extremadamente antropocêntrico, que restringiria a tutela a interesses reais, tangíveis e atuais do indivíduo, ou se os bens jurídicos da comunidade só fossem aceitáveis como *mediadores* também dos interesses das pessoas. Mas responde definitivamente que não, convencido de que, ao lado dos bens jurídicos individuais, “e ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma, existem autênticos bens jurídicos sociais, transindividuais, transpessoais, colectivos, ou como quer que preferamos exprimir-nos a propósito”¹³⁹.

A partir dessas considerações, convém tomar a sério a advertência de Figueiredo Dias, no sentido de que, sobretudo, nos últimos tempos, a dogmática progride apenas no tocante aos bens individuais, sendo, em verdade, legítima e eventualmente necessária a criminalização de bens coletivos, “com refração legitimadora mais que bastante na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, económicos, culturais e ecológicos”¹⁴⁰. Aqui, apenas como pistas, insere-se um conjunto de problemas dogmáticos em aberto, que reclamam ainda maior investimento em termos de investigação: a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o enfrentamento do crime organizado, a legitimidade e constitucionalidade de dos crimes de perigo abstrato, questões de autoria mediata, distinção entre dolo eventual e culpa consciente. Sem descuidar que o direito penal “deve continuar a resguardar-se de tentativas de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades da política estadual, ou de tutela de ordenamentos morais – porque aí mesmo abica o movimento de secularização que se apresenta como um dos fatores mais importantes de superação da razão instrumental”¹⁴¹.

¹³⁷ Cfe. SANCHES, Jesús-María Silva. *Retos científicos y retos políticos...* p. 48-9. De acordo com o autor, cuida-se de uma desafio: “Político, porque nem tudo que acontece na referida práxis merece uma idêntica desqualificação global e é preciso assentar as bases de uma aproximação diferenciadora da mesma. Científico, porque a teorização das referidas tendências e a sua recondução, na medida em que procedam, ao sistema comum da teoria do delito, haveria de ser a mostra da efetiva flexibilidade – e viabilidade – do propugnado sistema aberto” (p. 49).

¹³⁸ Cfe. DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade de risco’. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33, p. 43-51.

¹³⁹ Cfe. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Direito Penal...* p. 56-7.

¹⁴⁰ Cfe. DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Direito Penal...*, p. 59. Entre nós, recentemente, cumpre colacionar a lição de STRECK, Lênio Luiz e FELDEN, Luciano. *Crime e constituição...*, p. 39 e ss., argumentando que “o manejo do Direito Penal fica, portanto, subordinado – como não poderia deixar de ser – à materialidade da Constituição. Criminalizações e descriminalizações devem estar umbilicalmente ligadas aos propósitos do núcleo político essencial da Constituição...” (p. 39), destacando, mais adiante, que “as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser igualmente direcionadas para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e daqueles que atentam contra os direitos fundamentais, bem assim os delitos que afrontam bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade do Estado e a dignidade da pessoa, isso sem falar nos bens jurídicos de índole transindividual” (p. 42).

¹⁴¹ Cfe., também, DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Direito Penal...* p. 65.

Na mesma direção, apontam os ensinamentos de Claus Roxin que, rejeitando expressamente o minimalismo da Escola de Frankfurt, consigna que o “Direito Penal não pode retroceder, por princípio, diante da tarefa de lutar contra os riscos que são mais perigosos para a sociedade e para o indivíduo do que a criminalidade ‘clássica’, exemplificando com um delito de perigo abstrato como a direção de veículo sob efeito de bebida alcoólica, que entende necessário e justificado, “pois frente aos condutores ébrios só se pode reagir com êxito no momento em que ainda não aconteceu nada”. Ainda segundo Roxin, eventuais anomalias ou exageros não devem tratar com a renúncia à intervenção penal nesses âmbitos, mas sim, “pelo contrário, mediante o ‘cultivo’ de sua dogmática”¹⁴².

Tudo somado, salta aos olhos que, entre o extremo do abolicionismo desenfreado (que, aliás, não integra a pauta genuinamente garantista¹⁴³) ou mesmo um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas, tal qual exige o Estado Democrático de Direito, comprometido com os direitos fundamentais de todas as dimensões, e um sistema de intervenção máxima na esfera penal, há que lembrar constantemente que também o Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais¹⁴⁴, dentre os quais assume destaque a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana¹⁴⁵, de todos os integrantes da comunidade.

Nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade não pode deixar de ser compreendido – para além de sua função como critério de aferição da legitimidade constitucional de medidas que restringem direitos fundamentais – na sua dupla dimensão: como proibição de excesso e de insuficiência, já que ambas as facetas guardam conexão direta com as noções de necessidade e equilíbrio. A própria sobrevivência do garantismo (e, com ele, do Estado Democrático – e proporcional - de Direito) está em boa parte atrelada ao adequado manejo da noção de proporcionalidade, também na esfera jurídico-penal e na capacidade de dar respostas adequadas (e, portanto, sempre afinadas com os princípios superiores da ordem constitucional) aos avanços de um fundamentalismo penal desagregador, do qual apenas podemos esperar a instauração do reinado da intolerância.

¹⁴² Cfe. ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 89-94.

¹⁴³ Cfe. bem lembra CARVALHO, Salo de. Teoria agnóstica da pena: O modelo garantista de limitação do poder punitivo. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 17 e ss., criticando enfaticamente o modelo abolicionista. Também colacionando algumas críticas em relação ao abolicionismo, v. ainda e entre tantos, QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do Direito Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 49 e ss.

¹⁴⁴ Adotando a idéia de um Estado essencial, nem mínimo nem máximo, mas necessário à realização dos seus fins ancorados na Constituição, v. FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 31 e ss.

¹⁴⁵ A respeito da dignidade da pessoa humana, remetemos a SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

THE AMERICAN BILL OF RIGHTS THE GENESIS OF THE WESTERN CONSTITUTIONALISM

Luiz Inácio Vigil Neto¹

1 RATIONALE

The legal history of a country is earlier and larger than its constitutional history. In a chronological approach, it is possible to affirm that firstly came the people, and then the community and the law. Later, came the society and finally an official and superior order that exercises part of the people's power, due to the impossibility of an individualistic exercise of this power, vested in a political entity named modern state.

According to François Ost in the beginning it was the law, it was the judge, it was the individual and the common sense and individual rights². In the beginning, it was not the institutional state, it was not the Judiciary Power, it was not the legal system.

The power originally belonged to the people, but people understood that was impossible to exercise it by himself. No other possibility existed than to vest a political entity to exercise the power according the expectations of the people, because, only the state can institutionalize the power.

Nevertheless, along the human history, this simple political equation had never been easily understood by both parties: the people and those who exercise the power in the name of the people. In fact, the original power always existed, but sometimes, it was illegitimately appropriated by individuals that legitimately ascended to the power. And sometimes the power was simple usurped by someone or by some group that declared himself the defender of the people's power.

As a matter of fact, the institutional state many times exceeded its limits, for example:

- The kings used to affirm: *"The power is not given to me by the people, but by God, and God agrees with my behavior"*. In this sense, the one who disagrees with the King was also disagreeing with God. Historically, it was a double offense that could be double punished, by the King and by God.
- The revolutionists used to affirm that: *"The only power that exists is the power of the revolution, and the revolution, that symbolizes the people, agrees with our behavior"*. In this sense, the one who disagrees with the revolutionaries was also disagreeing with the people. Historically it was a double offense that could be double punished, by the revolutionaries and by the revolution ("the people").

But even sometimes illegitimately exercised, the powers could not be simply recovered in its integrity by the people. The alternative was to renegotiate this political relation, in terms of limits and ways of exercise. According to this renegotiation, the state could only exercise the powers that

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Atuação perante a junta comercial do Estado do Rio Grande Do Sul, desde 2002. Publicações: *Reflexões sobre o sistema falimentar*. (In: Revista Jurídica, Editora Síntese, 1997); *Manual de rotinas falimentares para Promotores de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* (edição interna da Procuradoria Geral de Justiça, 2001.); *Aspectos controversos da repressão penal falimentar*. (In: Revista do Ministério Público, v. 50, 2003.); *Teoria falimentar e regimes recuperatórios* (estudos sobre a Lei n. 11.101/05). Editora Livraria do Advogado, 2008; *Fundamentos epistemológicos para a compreensão e interpretação de sistemas de lei e justiça*. (In: Revista Jurídica da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA), v. 03, n. 01, 2008.); *Petite Histoire du Droit du Peuple Français*, Revista da Ajuris, v. 112, 2008.); *Teoria e prática dos procedimentos penais e ações autônomas de impugnação* (obra coletiva). Editora Livraria do Advogado, 2009.

² OST, François. *Raconter la Loi – Aux Sources de l'Imaginaire Juridique*. Odile Jacob, 2004.

were expressly given by the people. In this way, in the modern societies, the partial delegation of powers is expressly defined in a formal written document, which kings and revolutionists or even democratic elected governments could not ignore.

This document, according to Konrad Hesse³, is not only political, but juridical, as well. In such terms, this document cannot be viewed just as a simple piece of paper (*ein stuck papier*) or as an ordinary law, but as a superior law created from the political accordance that subordinates all other laws, that have only juridical or administrative nature.

Hans Kelsen affirmed the existence of a kind of rule of the rules (*grundnorm*). This rule does not only regulate individual rights, but, basically affirms political rights, and, in this sense, it would be a superior law in terms of hierarchy.

This superior rule must be expressed in a formal legal document (political and juridical) which required a different nomination, considering its different nature from the ordinary legal statutes. In these terms, this political legal document that contains the secondary rules⁴ could not be identified by the ordinary name given for juridical documents: "Act"; but by a proper name taken from the Roman law: "Constitution"^{5 6}.

Admitting the idea that the law and the individual rights were prior to the creation of the state⁷, we must wonder why humanity decided to create this political entity called state. The state is necessary because people have to institutionalize the power in order to coordinate laws and rights.

But the purpose of the state is not limited to institutionalize the power. Mankind also expects from the state the respect of welfare conditions of living. This second goal is incompatible with an autocratic state or with a revolutionary state. In such terms, there is an inseparable relation between constitutional order and welfare society. Only the constitutional document has the legitimacy to delegate powers and, at the same time, to define limits that a state may operate in order to respect the welfare conditions of living.

Furthermore, considering as a third goal, the modern societies also expect from the constitutional order in a welfare society, the necessary actions to be taken by the state in order to respect the rights and the guarantees that are incorporated in the document, named as affirmative actions.

At the end of this introduction we could reach to a very logical conclusion: a constitutional order in a welfare society cannot be successfully implemented by autocratic or revolutionary governments, only by democratic elected governments.

Unfortunately the nazi Germany demonstrated that this conclusion is not so obvious. The Nazi party won the elections for the German Parliament (*reichstag*) in 1933, and according to the

³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Sergio Fabris Editora, p. 5, 1991.

⁴ In H.L.A Hart words, the secondary rules are the rules that regulate the creation or modification the rules that regulate individual rights, named primary rules.

⁵ In Rome the term *constitutione* was used to identify the laws promulgated by the emperor without the consent of the Roman Senate.

⁶ The delegation document can also be identified by some other names as *magna carta*, *charte constitutionelle*, fundamental law etc.

⁷ VIGIL NETO and HICKEL, Eric. *Petite Histoire du Droit du Peuple Français – Evolution et Perspectives*, p. 2 – Ed Revista da Ajuris n. 111, 2008.

German Constitution of Weimar it could indicate the Chancellor⁸. One year later, with the death of President Hindenburg, instead of determining new presidential elections, Hitler got the power absorbing both functions: chief of state and chief of government, nominating himself the *führer* (the chief). After that, without revoking the constitutional document, he simply ignored the constitutional order and implemented a dictatorial state.

The Weimar Constitution (1919) was a truly democratic constitution that contained an extensive catalogue of basic rights, but they were rather guiding principles than rights enforceable in courts. As they did not enjoy any specific protection they could easily be suppressed in the Third Reich⁹.

The present German constitution contains a significant catalogue of rights, providing the human dignity as an essential element that any government must uphold. The basic rights are binding on the legislature, the executive and the judiciary power as enforceable law. They are established as binding duties under the constitution. This represents for German constitutional law that the basic rights are not just a catalogue of good intentions to be conveniently ignored by government. This is the guarantee for understanding that the state system serves the people, not vice-versa¹⁰.

At this point it is clear that neither an institutionalized state nor a democratic elected government represent a real guarantee for a welfare society, but only a strong constitutional order, in a constitutionalist basis, fully respected by governments and public institutions.

In 1789 the founding generation of the United States realized that even democratic elected governments in an institutionalized state are capable of violating individual rights. For this reason, the founding generation insisted that the original text of the Constitution could be expanded to include a catalogue of immutable rights that no government could ignore. The founding generation called this catalogue of immutable rights as the Bill of Rights.

2 HISTORICAL BACKGROUNDS

2.1 The American Independence and the Articles of Confederation

The Declaration of Independence, authored by Thomas Jefferson, was signed in 1776. After the revolutionary war ended in 1781 (although a formal treaty was not signed until 1783), the thirteen colonies ratified the Articles of Confederation of the United States of America.

The Articles of Confederation were the first constitution of the United States. Nevertheless, the national government created by it was very weak due to the political compromise that permitted the state governments retain sovereignty. Indeed, in its text was affirmed that each state retained its sovereignty, freedom, and independence. As well, any power recognized to the national government represented an express delegation by assembled Confederation Congress. Under the Articles of Confederation there was no federal judiciary and no federal executive. The Confederation Congress had limited powers like to declare war, to coin money, to establish post offices, and to deal with Indian tribes.

⁸ For historical reasons concerning the first pre-unification era (1862-1871), the Prime Minister in Germany is called the Chancellor.

⁹ FOSTER, Nigel and SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford Press, p. 204, 2003.

¹⁰ FOSTER, Nigel and SULE, Satish. *op. cit.*, p. 204.

The main problem of the American Confederation was the lack of power to the national legislature to regulate the interstate commerce. The autonomy of the confederated states transformed them in competitors instead of allies. The stronger states used their competitive advantages against the less developed ones. The less developed states, in retaliation, adopted laws that discriminated goods and services, or erected barriers against products from the competitor states. The Confederation Congress was powerless to obstruct these protective actions. There were no national laws against it, but only laws promulgated by states applied by local courts interpreting according the protective state commerce principles.

2.2 The Constitutional Convention

In 1787, from May 25 to September 17, in Philadelphia, occurred a Constitutional Convention to propose changes to the Articles of Confederation. According to the original provisions of the Articles of Confederation, a unanimous consent was required for revisions in its text.

On the other hand, Article VII specified that “[t]he Ratification of the Conventions of nine States shall be sufficient for the establishment of a Constitution between the states”.

In a very direct form: it was easier for the delegates to create a new constitution rather than to amend the Articles of Confederation. Thus, the delegates immediately agreed on abandoning the Articles of Confederation, rather than amending it, and initiate the creation of a new constitution.

The first vote at the Convention was the adoption of a national government consisting of a federal legislative (House of Representatives and Senate), federal judiciary (Supreme Court and Federal lower Courts) and a federal executive power runned by the President of the United Sates of America.

After passing the resolutions concerning the major aspects of the new government, the Convention formed a Committee to place the resolutions into a coherent document. After the Committee presented its revised draft, the document was debated. On September 17, 1787, the members of the Convention approved the document, signed it, and returned home to obtain its ratification.

2.3 The Ratification Process

The new Constitution of the United States of America that created a federal nation in the modern world was not easily accepted in the beginning by the American states. There was a very strongly organized antifederalist movement in many states.

Initially, states like North Carolina¹¹, Rhode Island¹², Massachussetts, New Hampshire, New York and Virginia offered a strong opposition to ratify the Constitution.

The antifederalists argued that the ratification of the new constitution would create a strong national government able to relegate state governments to a secondary and unimportant role. According to their point of view, the new constitution had another serious problem: if the national government was able to relegate the states to a secondary role, it could easily disrespect basic

¹¹ That just ratified in 1789.

¹² That ratified only in 1790 after it was threatened with exclusion from the new nation.

rights of the individuals of the states in the name of a “national” interest. It could be possible, since there was no enumeration of individual rights in the Constitution.

The federalist movement represented in the political scenario by Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, was firstly supported by Pennsylvania that ratified convention on November 20, 1787 and on December 12. Delaware ratified the Constitution on December 7. Later, New Jersey, Georgia, Massachusetts, Maryland and South Carolina also ratified it. By June 1788, ten states had ratified the Constitution, one more than nine that Article VII required.

2.4 The Bill of Rights

One of the arguments used by antifederalists against the ratification of the Federal Constitution was the inexistence of a catalogue of individual rights. Some states conditioned their formal ratification to the addition of enumerated individual rights to the constitutional document.

As it would represent a real possibility of another constitutional convention, in order to prevent it, James Madison proposed a group of amendments to the Constitution. This group originally contained twelve amendments, but only ten were ratified by the requisite of three-fourths of state legislature. These ten amendments were called the Bill of Rights.

New Jersey was the first state to approve the Bill of Rights on November 20, 1789, and Virginia was the last state on December 15, 1791.

3 THE BILL OF RIGHTS (1791)

3.1 Historical Justifications and Political Goals

The [first] Bill of Rights was structured in ten amendments, First to Tenth. It was designed to guarantee for individuals the religious liberty, free speech, personal privacy, private property, and procedural fairness against the power of democratic majority.

After the American Civil War (1861-1865), the former slaves were, in fact, no integrated to the American society as equal free citizens. Thus, part of the American society comprehended the necessity of additional amendments to the Constitution. They are called the integration amendments, and represent a [second] Bill of Rights¹³. It was designed to protect equality by outlawing slavery, guaranteeing equal protection, and assuring the right to vote to members of racial minorities. This [second] Bill of Rights was structured in three amendments the thirteenth (1866), the fourteenth (1868) and the fifteenth (1870).

The Bill of Rights does not protect individuals against the misuse of private powers. With the exception of the prohibition against slavery in the 13th, the provisions of the Bill protect individuals against the government, not against other individuals. The document concentrates on preserving the personal and political rights needed for the proper functioning of a tolerant political democracy.

3.2 The Incorporation Doctrine

The Bill of Rights was originally added to the federal constitution of the United States. In such terms, it is possible to affirm that, unless the state constitutions admit similar restrictions, citizens would be deprived of individual liberties at the state and local level.

¹³ NEUBORNE, Burt. *An Overview on the Bill of Rights*, p. 83, Oxford Press, 1997.

In ***Barron v. Mayor & City Council of Baltimore (1833)***, the Supreme Court held that the Bill of Rights was a restriction of federal actions, not against state and local conduct. Barron sued the City for taking his property without just compensation in violation of the Fifth Amendment. The issue was whether the takings clause of the Fifth Amendment applied to the local level. Justice John Marshall explained that the Bill of Rights was clearly intended to apply to the federal government, because the States have their own constitutions that could provide the same limitations and restrictions.

This precedent consolidated, along years, the idea that the restrictions of the Fifth Amendment: "...nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation" did not apply against state actions.

In such terms, the Fifth Amendment was not the paved way to enlarge the Bill of Rights restrictions to the states. This way was paved through the Fourteenth Amendment; thereby almost all provisions of the Bill of Rights come to be incorporated against the states.

With the Integration Amendments, besides the abolition of slavery through the Thirteenth Amendment, there was the necessity to provide the access of that part of the American population to the basic civil rights guaranteed for all American citizens through the [first] Bill of Rights.

As noted above, the Bill of Rights by its own force applies only to action by the federal government. However, most of the provisions of the Bill of Rights have been absorbed into the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.

The process of absorption began in the late nineteenth century, when the Court held that the taking of private property for public use without just compensation violates the "*due process of law required by the Fourteenth Amendment*".

The adoption of the Fourteenth Amendment in 1868, radically changed both the Constitution's and the national government's role in the protection of the civil rights. It established the federal supremacy within the realm of civil rights. Through a process of incorporation, the Fourteenth Amendment became a constitutional vehicle through which courts now apply most provisions of the Bill of Rights to the states.

This was the essence of the decision in ***Chicago Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago (1897)***. The Supreme Court ruled that the *due process clause* of the Fourteenth Amendment prevents states from taking property without just compensation. Although it did not explicated, the incorporating taking clause was the practical effect of the decision.

State and local governments were to be constrained if at all, by the Bill of Rights. Beginning in 1925, the Supreme Court began to read that the due process clause of the Fourteenth Amendment as "incorporating" provisions of the Bill of Rights thus making them directly applicable against the states (***Gitlow v. New York – 1925***). The Supreme Court declared that free speech of the First Amendment applicable against states through Fourteenth Amendment due process clause.

After the Gitlow case, the incorporation process has been enlarged to almost every provision of the Bill of Rights against the states.

If the Bill of Rights would be applicable only to the federal government, the obvious concern is that the state and local governments would be free to infringe even the most fundamental liberties.

The incorporation doctrine reached to the following amendments:

- The First Amendment's establishment clause, free exercise clause, protection of speech, press, assembly and petition- **entirely**;
- The Fourth Amendment's protection against unreasonable searches and seizures and the requirement for a warrant based on probable cause; also the exclusionary rule, which prevents the government from using evidence obtained in violation of the Fourth Amendment - **entirely**;
- The Fifth Amendment's prohibition of double jeopardy, protection against self-incrimination, and requirement that government pay just compensation when it takes private property for public use – **but not for the requirement of a grand jury indictment for criminal prosecutions**;
- The Sixth Amendment's requirement for speedy and public trial by impartial jury with notice of charges, the chance to confront witnesses and the right to have the assistance of counsel if the sentence involves possible imprisonment - **entirely**;
- The Eighth Amendment's prohibition against excessive bail and cruel and unusual punishment, **partially**.

The Supreme Court also held that neither the Second Amendment right to bear arms nor the Seventh Amendment right to be judged by a jury trial in criminal cases, are incorporated into the Fourteenth Amendment. The Supreme Court has not ruled on the incorporation of the Third Amendment's proscription against quartering of soldiers or the Eighth Amendment's proscription against excessive bails and excessive fines.

4 CIVIL RIGHTS AMENDMENT

4.1 The First Amendment: *"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances"*

The basic goal of the First Amendment is to unite the essential pre-conditions to a welfare democratic society. It is structured in three basic guarantees: the freedom to believe, the freedom of speech and the right of an active participation.

4.1.1 The Freedom to Believe

It represents a guarantee on the religious belief for the American citizens against the misuse of the power by the state to impose a dominant religion. It is composed by two clauses: the free exercise clause and the free establishment clause. By these clauses, the American society built a constitutional "wall" between Church and state¹⁴.

The one side of the "wall" codified in the "free exercise clause", prevents government from penalizing individual exercises of religious conscience. The other side is codified in the "establishment clause" that prevents the government tolerance or support to the advance of the religious doctrine. Thus, the religion clauses assure both freedom of and freedom from religion.

¹⁴ NEUBORNE, Burt, op. cit., p. 86.

4.1.1.1 The Free Exercise Clause - It is designed to protect the freedom of religion. In this sense, the Supreme Court has stated that the government may not compel or punish an individual for acting according with his/her religious beliefs. The free exercise clause embraces two concepts: the freedom to believe and the freedom to act according their beliefs. The first is absolute, the second may not.

In *Reynolds v. United States (1878)* the Supreme Court upheld the constitutionality of a criminal law to forbid polygamy by Mormons, despite arguments that consensual polygamy was a dogma of the Mormon faith. The Supreme Court established a clear distinction between beliefs and actions according beliefs, and affirmed that the constitutional guarantee is absolute only to the first idea.

In the twentieth century, mainly after *Sherbert v. Verner (1963)*, the Supreme Court required a compelling interest in order to allow the state denies the guarantees affirmed in free exercise clause. In *Sherbert* the Supreme Court stated that it would violate the free exercise clause to deny a Seventh Day Adventist unemployment benefits because they refused to work for religious reasons. For the same base of arguments, the Court in *Wisconsin v. Yoder (1972)*, the Supreme Court granted the Amish Order a partial exemption from compulsory education laws because modern education violated their religious beliefs.

But in *Employment Division v. Smith (1990)* the Supreme Court rejected the claim that free exercise of religion required an exemption from a valid law. In that case, the discussion was about the use, according to his religious beliefs, a hallucigenic substance prohibited by a valid law. Justice Scalia declared that the right of free exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with valid and neutral law of general application of the ground that the law proscribes conduct that his religious prescribes.

Finally, in 1993 the Religious Freedom Act restored the burden to demonstrate a compelling interest to infringe the clause, but the Supreme Court affirmed its unconstitutionality.

4.1.1.2 The Establishment Clause – The Establishment Clause provides, “Congress shall make no law respecting an establishment of religion”. This clause prohibits the establishment of a national religion, or the preference of one religion over another or religion over non-religion. It is an effort to protect freedom from religion.

This clause limits two types of governmental action:

- the discrimination between different religious;
- the promotion of one specific religion.

In these terms, it guarantees to the citizens the right to have their own religion, not an official religion, and also the right to not have a religion. The government violates the establishment clause in any action that has the purpose of advancing or aiding religion.

Two competing theories emerge from the debate about this clause: the separationism and the nonpreferentialism.

The first theory is referred to as the separation of church and state, based on the idea that religion and government do not mix well. In *Everson v. Board of Education (1947)*, the Supreme Court upheld a New Jersey law that provided free bus transportation to students in religious schools because it was a part of a free school bus plan open to all, not only for religious schools. The Supreme Court declared that the First Amendment has erected a wall between church and state and that wall must be kept high and impregnable. In such way, the government cannot create

an official religion, cannot prefer one over another, cannot provide specifically aid to one or all religions, cannot support or finance any religious order.

For the nonpreferentialist theory, there is no wall of separation and admits any sort of governmental aid to religious orders but in a nonpreferentialist basis.

In *Torcaso v. Watkins (1961)*, the Court invalidated a law requiring office holders to believe in God. The *Torcaso* case involved a challenge to Maryland state refusal to allow a man be a notary public because he would not declare that he believed in God. The Supreme Court declared: "We repeat and again reaffirm that neither a State nor the Federal Government can constitutionally force a person to profess a belief or a disbelief in any religion".

The current thought of the Supreme Court is based on the application of a three-pronged test in all establishment clause cases that was initially proposed in *Lemon v. Kurtzman (1971)*, asking whether a challenged government practice:

- (1) has a secular purpose;
- (2) has the effect of unduly advancing religion; or,
- (3) results in excessive entanglement of church and state.

A positive answer to any dooms the government practice.

In the last years, several Justices in the current Court have argued that the *Lemon* test should be abandoned in favor of a test that permits greater efforts by government to "accommodate" the religious desires of the majority. In this thought, if the government, in aid of a secular purpose, aids, both religious and non-religious groups, the establishment clause is not violated. The non-preferential benefit on religion, incidentally conferred in a neutral basis of political action does not violate the First Amendment, unless it intends to create an official religion or coerces religious participation.

In *Engel v. Vitale (1962)*, the Supreme Court decided that holding prayers in public schools violates the constitutional the guarantee of the free establishment. In that case the Court affirmed that even a non official prayer of any religion represented a violation of that clause. According to this position, in *Abington Township v. Schempp (1963)*, the Supreme Court prohibited the official reading, even without comment, of any verse of the Bible and the reciting of the Lord's Prayer as part of public school ceremonies, and in *Lee v. Weisman (1992)*, the Supreme Court ruled that beginning a high school graduation ceremony with an official prayer violated the establishment clause, in the Supreme Court's view it constitutes government coercion on students. In these three cases the arguments of the separationism theory had prevailed.

4.1.1 The Free Speech and Press Clauses

The First Amendment preserves the freedom of speech and press in the following expression: "Congress shall make no law... abridging the freedom of speech and press...".

It protects any mean of expression or conduct, not only spoken and printed or written words (*Texas v. Johnson – 1989*). But it does not signify that the American Constitutional law sees an absolute and unlimited protection. In a very objective asseveration: the First Amendment protects just some forms of human expressions, not all. Certain categories of speech are not protected under the First Amendment such as violence, hate, adult and child pornography (*Roth v. United States -1957*), false or defamatory speech (*New York Times v. Sullivan - 1964*). This objective

categorization does not include the commercial speech¹⁵ that is recognized as entitled to free speech protection, but at a lower level than non-commercial speech (*Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council -1976*).

Besides, the speech that is protected under the First Amendment cannot be regulated based on its content, because, government has no power to restrict expressions just for its inconvenience or contrariety (*in Police Department of Chicago v. Mosley- 1972*).

Historically, the free speech clause has suffered a lot of restrictions along the American history. Early political struggles were marked by censorship and intolerance, culminating in the Alien and Sedition Act of 1918. Before and after of the promulgation of this statute, in many opportunities, this guarantee was disrespected such as: the imprisonment of dissenting newspaper editors during the Civil War, the imprisonment of workers organized during the 19th and 20th centuries during the "Red Scare" of the 20s and during the McCarthy era of the 1950s are in the history of the United States.

The first state criminal conviction was reversed in 1927 by the Supreme Court on free speech grounds (*Fiske v. Kansas*), that reversed conviction of political radicals for advocating workers revolution. As well, it was not until 1965 that an act of Congress was invalidated under the First Amendment (*Lamont v. Postmaster General*) that created pressure against material classified as communist political propaganda. A federal statute instructed the postal service to identify communist propaganda and deliver it only to those who requested in writing. In a unanimous decision, the Supreme Court struck down a statute authorizing the Post Office to detain mail, if considered as "communist political propaganda", and to forward it to the addressee only if he notified the Post Office he wanted to receive it. The statute inhibited the right of persons to receive any information that they wish to receive.

Some discussion still exists concerning why people care about protecting speech. It is not a political debate, mainly because not every speech has a political content. But, in situations as the flag burning, the political motivation of the act that does not have any offensive purpose on the manifestation, is an essential element to guarantee the protection under the First Amendment. But this guarantee goes over the politics; free speech is the base of the modern democracy in a welfare society.

Some opinions about the government restrictions on the free speech require specific conditions to authorize governmental the action. According to Holmes and Brandeis Opinion: (a) the truth or falsity of an idea is a matter for the individual judgement of free people, not the government, (b) government must demonstrate an interest that transcends ordinary day-to- day concerns before resorting to censorship. (3) there must be an extremely close casual connection between speech and the harm that it allegedly causes before government can suppress it, in this terms, mere speculation, or plausible fear, cannot justify censorship, (d) government may not resort to censorship if alternative forms of regulation exist.

Another modern Free Speech Doctrine is the Interest Balancing. The balancing doctrine affirms that judges ought to weigh the government's asserted interest in censorship against society's profound commitment to free speech. In the absence of a truly "compelling" governmental interest that counterbalances the nation's commitment to free speech, censorship is forbidden. Balancing is a subjective doctrine that invites a judge to establish a hierarchy of values with little or no external guidance.

¹⁵ But the false commercial speech is not protected.

In *Street v. New York (1969)*, the Supreme Court overturned convictions for burning the American Flag as an act of protest because the government was unable to articulate a sufficiently “compelling” government interest.

In *Cohen v. California (1971)*, the Supreme Court invalidated a conviction of a youth for displaying a “Fuck Draft” slogan in his jacket because hearer’s anger, hurt feelings, or sensibilities do not generate a sufficient strong governmental interest to warrant censorship. The prosecution’s argument was that the words on the jacket constituted fighting because of the possible violent response from people who saw and were angered by the message. The Supreme Court held that unprotected, under the First Amendment, fighting words occur only if the speech is directed to a specific person and likely to provoke violent response. The inscriptions did not represent any direct personal insult.

Another modern argument is the Clear and Present Danger doctrine. In its terms, the government should prove and demonstrate the relationship between the speech and the harm it allegedly causes. The clear and present danger test requires government to prove causal relationship between the speech in question and the feared evil. Mere speculation or even reasonable apprehension will not suffice.

But in *Dennis v. United States (1951)*, the Supreme Court upheld the convictions of leaders of communist party for conspiracy to teach and advocate the overthrow of the government, despite government’s failure to demonstrate that the defendants’ political activities had actually created an imminent danger of lawless action. During the so called “McCarthyism” years the mere suspicion of relations with the communist party or communist ideas was enough to cause a person to lose a job and be in a blacklist. Some persons were convicted and sentenced to prison for teaching books written by communist leaders as Stalin, Lenin, Marx and Engels. According to Chief Justice Vinson: “The real and the present danger doctrine does not mean that the government must wait until the putsch is about to be executed, the plans have been laid and the signal is awaited...”. By this approach the Supreme Court admitted the potentiality of the danger instead of its probability.

Finally, in *Tinker v. Des Moines Independent Community School District (1969)* the Supreme Court declared that the school could not restrict symbolic speech did not cause undue interruptions of school activities. According to the Court: “The schools may not be enclaves of totalitarianism. Schools officials do not possess absolute authority over their students. Students are possessed of fundamental rights which the State must respect, just as they themselves must respect their obligations to the State”. In this case, the students were punished for wearing black-arm bands to protest against the Vietnam War.

4.1.2 Collective Action: Assembly, Association and Petition

The First Amendment text closes with two ideas designed to protect the right to collective action designed to transform personal belief into political reality: free assembly and petition.

The free association guaranteed under the First Amendment concerns to the right to participate in non-family groups that protects the right of privacy and personal autonomy.

In *Roberts v. United States Jaycees (1984)*, the Jaycees argued that a state human right’s law that required the admission of women in their club violated their right of freedom of intimate association. The Supreme Court affirmed that the freedom of association is a fundamental right and agreed that: “There can be no example of an intrusion into the internal structure or affairs of an association than a regulation that forces the group to accept members that they not desire”. Even though the free association is not an absolute right, but the state action cannot suppress ideas. And in *Board of Directors of Rotary International v. Rotary Club of Duarte (1987)*, the

Supreme Court held that it did not violate the First Amendment rights to the Rotary Club to force them to admit women in compliance with a California law that prohibited private business establishments from discriminating based on characteristics as gender.

The Supreme Court admits the freedom of association implicates in some discrimination in limited circumstances. In this sense, associations of KuKlux Klan and the Nazi Party are allowed to express among their members their ideas of discrimination on the basis that are conceptual for their ideological messages.

The right to petition has been understood as extending petitions to the three government branches¹⁶. In such terms, it is possible for any one to request the government to exercise its powers to furtherance the public good and interest.

5 THE MILITARY AMENDMENTS

5.1 The Second Amendment: *“A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed”.*

It reflects two different, but connected ideas: (a) the necessity of maintenance of the state militias; (b) the right to bear arms.

Historically, the militia clause and the right to bear arms have their origins in England when the kings obligated free men to bear arms for public defense. There was no regular army, neither police, and the soldiers had to buy and keep their weapons, while the citizens had the obligation to watch and capture any suspicious person. In 1686, King James II, from the House of Stuart, promulgated an act that banned the right of Protestants to bear arms, because he feared a military resistance against the despotic order that was established.

In the American Confederation of 1781 there was not a federal force. During the Philadelphia Convention in 1787, the Anti-Federalists feared that the creation of a permanent army, not under the civilian control, could endanger democracy and civil liberties. The ratification was conditioned also by this second amendment that guaranteed to the states to maintain local forces not entirely in devotion to the federal government. In these terms, the Amendment does not allow the Congress to enact laws prohibiting the states from arming their citizens, and thus, the national government could overwhelm the states. Presently the militias are substituted by the National Guard.

These two clauses pre-existed to the American constitutional order established in 1787 and were maintained by the Second Amendment. However, this right is premised in specific purposes of using the American citizens such as hunting and self-defense.

In 1968 the Gun Control Act was promulgated in response to the assassination of John Fitzgerald Kennedy, Martin Luther King and Robert Fitzgerald Kennedy. According to this statute, dealers could not sell to those convicted of felonies, mentally incompetent, and drug users, and outlawed mail order of rifles and shotguns.

In *Presser v. Illinois (1886)* the Supreme Court held that the Second Amendment clause: “the right to bear arms” is not incorporated, and therefore it frequently upholds state and local gun control laws because the Second Amendment does not apply.

¹⁶ The Legislative branch, the Executive branch and the Judicial branch.

In *United States v. Miller (1939)* the Supreme Court affirmed the right of the individual use of arms could be restricted. In that case Jack Miller was indicted under the National Firearms Act, but the [United States District Court for the Western District of Arkansas](#) agreed with the defense's claim that the NFA was intended to restrict the individual ownership and possession of arms, in conflict with the [Second Amendment to the United States Constitution](#). The Supreme Court heard the case, and in a unanimous opinion, reversed and [remanded](#) the District Court decision. The Supreme Court declared that no conflict between the NFA and the Second Amendment had been established, affirming that in the absence of any evidence tending to show that possession or use of a 'shotgun having a barrel of less than eighteen inches in length' at this time has some reasonable relationship to the preservation or efficiency of a well regulated militia, we cannot say that the Second Amendment guarantees the right to keep and bear such an instrument.

For the Supreme Court the Second Amendment did not guarantee a citizen's right to possess a sawed off shotgun because that weapon had not been shown to be "ordinary military equipment" that could "contribute to the common defense."

5.2 The Third Amendment: *"No Soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner prescribed by law".*

The quartering clause integrates the idea of individual protection against the threat of the possibility of a military dominance over the civil society. This clause intends to avoid the abolition of the civil liberties by maintaining an active army in time of peace. In such terms, the Third Amendment forbids Congress to conscript civilians as involuntary innkeepers in times of peace. It may happen only in wartime according to law.

6 THE CRIMINAL INVESTIGATION

6.1 The Fourth Amendment: *"The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized".*

The Fourth Amendment regulates the criminal law investigative phase. In its terms, it prevents the police from intruding on personal privacy and guards the individual against unreasonable searches and seizures, in the absence of probable cause. Like almost all of the provisions of the Bill of Rights, the Fourth Amendment now applies to the states as the result of the "incorporation" process (*Mapp v. Ohio-1961*).

Pursuant to the "exclusionary rule" imposed by the Supreme Court in *Weeks v. United States (1914)* any evidence obtained by the police in violation of this clause may not be used in any criminal prosecution. The rationale in *Weeks* is that evidences to convict someone for a crime can only be obtained in respect of the Fourth Amendment, unless the person voluntarily waives his/her Fourth Amendment guarantees, since the consent is not obtained through coercion or false information (*Bumper v. North Carolina – 1968*).

The Fourth Amendment applies only to "unreasonable searches or measures", thus, many police investigatory techniques that do not involve physical interference with person or property (such as visual surveillance, seizure of evidence in plain view, and non-coercive interrogation) are not limited by this restriction.

But, once investigatory activity represents an intrusion upon the individual's privacy or property, or represents a restraint of his freedom of movement, the Fourth Amendment protections

come into play. In these situations, any warrant must be judicially sanctioned for a search or an arrest in a probable cause basis.

There is some conceptual discussion of what does constitute a search or seizure that violates the Fourth Amendment. The Supreme Court considers that wiretaps or listening devices constitute a search, photographs taken from an airplane flying over a suspect's home do not, according to the idea that the aero space cannot be considered a private property. Similarly, while any restraint on freedom of movement constitutes a seizure, randomly-sited roadblocks aimed at deterring drunk driving do not. This rationale is applicable to any vehicle such as: motor homes, trucks, boats (*Carroll v. United States – 1925*).

Under the Fourth Amendment, law enforcement activity that rises to the level of a "search or seizure" must be predicated on "probable cause" that evidence of criminal activity will be uncovered or that the target is guilty of a crime. Probable cause connotes a level of reasonable belief that is greater than a mere suspicion, but less than certainty. Whenever possible, therefore, law enforcement officials are under a duty to seek a judicial warrant before carrying out a search or seizure. A search or a seizure tends to be considered unconstitutional if conducted without a valid warrant when it was possible for the police to obtain it.

The Fourth Amendment is not applicable when the arrest is conduct by private citizens because this action does not come from the government. The arrest of an individual conducted from a police officer is possible when he is committing a felony¹⁷ is his presence or if the police officer has a probable cause to believe that someone has committed a felony¹⁸. In this second situation, the police has to apply to a judge for a warrant.

The probable cause in this situation is different from that is required for a search. He has the probable cause if this knowledge is based on trustful information that leads a common person reasonably believe that the felony was committed. For this reason the probable cause must exist prior to the arrest.

7 FORMAL ACCUSATION, DOUBLE JEOPARDY AND DUE PROCESS CLAUSE

7.1 The Fifth Amendment: *"No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb, nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation".*

7.1.1 Formal Accusation

The first clause of the Fifth Amendment rules the formal accusation phase. Once investigation has defined its focus to a particular target, the prosecution has to persuade a grand jury to indict the defendant to the criminal case. The grand jury clause intends to avoid a prosecutorial abuse by malicious or unfounded accusation by requiring demonstrating a probable

¹⁷ In the United States crimes are divided in felonies and misdemeanors. The classification in one or other type of crime is determined by the punishment. Felonies are generally punished by death or by imprisonment for more than one year, and misdemeanors are punished by a year or less, except in the cases of "high" misdemeanors that are punished by the imprisonment for two years.

¹⁸ A misdemeanor does not justify an arrest.

guilt before formal charges could be brought. The grand jury is a group of twenty-three private citizens that, by a majority of vote in a closed deliberation, recognizes that there is a probable cause to believe that the defendant may have committed a crime. The grand jury hears only the prosecution's evidences and the defendant or his counselor has no right to participate.

Since the grand jury clause of the Fifth Amendment is one of the few provisions of the Bill of Rights that is not binding on the states, several states have replaced the grand jury with a preliminary hearing process conducted by a judge that, unlikely in the Grand Jury, permits both parties to participate. For this reason, this clause is applicable basically to the federal level.

7.1.2 Double Jeopardy

The double jeopardy's clause of the Fifth Amendment prevents the government from prosecuting a defendant more than once for the same offense (***Blockburger v. United States - 1932***). Once acquitted or punished, a defendant may not be retried for the same offense (***Ball v. United States -1975***). A defendant is generally deemed "in jeopardy" once a jury has been selected and the taking of evidence begins. Thus, once a criminal trial begins, the prosecution may not terminate in order to begin it again. There are, however, two important practical exceptions to the ban on multiple prosecutions. If the jury hangs (is unable to reach a verdict), a subsequent re-trial does not violate the double jeopardy clause, because the proceedings are considered as a continuation of the first trial. Moreover, if a defendant succeeds in overturning a conviction on appeal, or if the trial court declares a mistrial at the defendant's arguments, double jeopardy does not bar a re-trial since the defendant is deemed to have waived his objection to a second trial.

The double jeopardy clause bars multiple prosecution punishments for the same offense, even though additional evidence of guilty has been discovered. But permits the use of evidence used in an earlier case in a new prosecution for a different offense.

The clause impedes the same sovereign from re-prosecuting for all lesser-included offenses and for the offenses that he had been charged. Sequential prosecutions by state and federal governments for the same offenses of the same criminal episode are not obstructed by double jeopardy. Thus, despite the double jeopardy, in the dual sovereignty rule, according to the American federalism, each sovereign (state or federal) may prosecute a defendant on the same facts, if the sovereign can demonstrate a unique interest that was not adequately present in the initial prosecution. Thus, a defendant acquitted in a state court for murder may be re-tried in a federal court for violating federal civil rights laws, despite the ban on double jeopardy.

In ***Health v. Alabama (1985)*** the defendant has kidnapped the victim in Alabama and killed her in Georgia. The Supreme Court held that the double indictment (felony murder in Alabama and ordinary murder in Georgia) in each state court did not violate the double jeopardy rule.

7.1.3 Self-Incrimination

This clause is an obstacle on compulsory self-incrimination, empowering an individual to refuse to answer any question or provide any information to the government that creates for him a risk of criminal prosecution. In such terms, no illation of criminal guilt may be drawn from individual's decision to invoke the right to remain silent.

In ***Miranda v. Arizona (1966)***, the Supreme Court ruled that a confession is coerced and unlawful if it was obtained after an accused has indicated a desire to remain silent, or if the police fails to inform a suspect of his right to remain silent and his right to court-appointed counsel. As with the Fourth Amendment "exclusionary rule", statements taken in violation of the Fifth Amendment cannot be used as evidence in any criminal prosecution.

Based on the **Miranda rule** the Supreme Court affirmed the unconstitutionality of the involuntary confessions. In such terms, physical brutality, food or water depriving, and threats of violence constitute coercive actions that invalidate the confessions in the basis that it is no a voluntary confession, as well, false informations give by the police.

Finally, the **Miranda rule** is applicable only in situations that involve the privation of freedom. In such terms, the warnings are not necessary when government agents interrogate a person that is not under the possibility of being arrest.

7.1.4 Due Process of Law

The Fifth Amendment also prevents individuals from being punished without a due process of law, including non-United States Citizens and legal entities. In **Barron v. Mayor & City Council of Baltimore (1833)**, the Supreme Court affirmed that this rule is applicable only to the federal level, and in the Fifth Amendment content there is no application of the equal protection clause. But in **Bolling v. Sharpe (1954)**, the Supreme Court held that equal protection clause is included in the due process clause of the Fifth Amendment.

8 CRIMINAL ADJUDICATION

8.1 The Sixth Amendment: *"In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses against him; and to have the assistance of counsel of his defense".*

The Sixth Amendment regulates the trial phase. Once the government has lodged formal charges against an accused, by a grand jury or by the preliminary hearing, the accused has a constitutional guarantee for a fair hearing and a speedy and impartial trial.

The Sixth Amendment that concerns with the notice and the right to a fair hearing have provided the principal model for procedural due process of law generally, not only in the criminal cases.

8.1.1 Right to a Speedy Trial

In *Smith v. Hoey (1969)* the Supreme Court affirmed three guarantees from the speedy trial clause: (1) to prevent undue and oppressive incarceration prior to trial; (2) to minimize anxiety and concern accompanying public accusation; and (3) to limit possibilities that long delay will impair the ability of an accused to defend himself.

There is a balance doctrine in the interpretation of this right. The prosecution cannot delay the trial for its own advantage, but a trial may delay it to secure the presence of an absent witness or other practical considerations or if the delay is caused by the defendant. In both situations, the rule is not violated.

8.1.2 Right to Public Trial

This right extends to all criminal prosecutions and all phases of them, from jury selection to the final verdict. The public trial requirement is attended so long as the public has free access to the trial, but the right is not violated if in the court there is no sufficient space to accommodate all attendance in the room. The violation is not demonstrated by the prejudice of the defendant, just by an unjustified exclusion of the public.

8.1.3 Right to a Jury Trial

The Sixth Amendment guarantees the right to trial by jury in all federal criminal prosecutions. But if the crime is punishable by imprisonment for not more than six months, the defendant does not have this right.

Historically the number of jurors was 12, but the Supreme Court affirmed that states can create jury trial courts with less than twelve jurors.

Even in some states the unanimous decision is required, in *Apodaca v. Oregon (1972)* the Supreme Court held that it is not a constitutional requirement for states, unless the state jury trial court is formed by six jurors.

This right assures that no defendant can be found guilty of a crime unless a jury agrees that the government has proved the charges beyond a reasonable doubt. But, the failure to reach a verdict for conviction or acquittal results in a hung jury, and often results in another trial.

8.1.4 Right to Impartial Jury

The defendant has the right to be tried by a jury in the State and in the district where the crime shall have been committed. It intends to avoid an unfairly manipulation in the making of the jury.

The jury is chosen from a body of citizens, in selection process called *voir dire*. In **Taylor v. Louisiana (1968)** the Supreme Court held that all defendants are entitled to be tried by juries drawn from the community. Lawyers of both parties and the judge, can interview the citizens in order to select the final jury. The members of the venire who express some bias or prejudices may be challenged for cause. Besides the parties have the right of a peremptory fixed number of challenges. However, if peremptory challenges are used to exclude jurors in grounds of race, national heritage or gender it may be considered an unconstitutional action (**Batson v. Kentucky – 1986**).

8.1.5 Right to a Notice of Accusation

In a criminal indictment, the defendant has the right to be informed of the nature and the cause of accusation against him. This notice of accusation cannot contain uncertainties, vagueness, ambiguities (**United States v. Carroll – 1882**).

8.1.6 Right to Confront

Under the Sixth Amendment, the defense has the right to confront and cross-examine witnesses. In such terms, the defense has the right to challenge the credibility of the prosecution's witnesses. If this right is not respected, the rule is violated and the judgement may be considered unconstitutional, unless it covered by the admitted exceptions: in admissions by the defendant or in extreme situations (when the witness is dying).

8.1.7 Right to a Counsel at Trial

In **Argesinger v. Hamlin (1972)** the Supreme Court affirmed the obligation of federal and state governments to appoint counsel for the defendant who has no conditions to afford a lawyer. As well, the **Miranda Rule** requires the police to inform a suspect of the right to have a free lawyer before any effort at interrogation. The Supreme Court has not, however, extended the absolute right to a free lawyer to civil or administrative proceedings governed by the due process clause. In these proceedings, an individual must take a preliminary showing that a free lawyer will be of real help before one will be appointed. Nevertheless, the defendant has the right to waive the counsel assistance and represent himself at the trial court (**Faretta v. California – 1975**).

8.2 The Seventh Amendment: *"In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law".*

The Seventh Amendment guarantees trial by jury is most civil cases when the controversy is superior to twenty dollars in federal jurisdiction. This rule is not applicable in the state jurisdiction because the Supreme Court declared that this amendment is not incorporated to the state level. Nevertheless, most states have similar constitutional provisions.

9 PUNISHMENT

9.1 The Eighth Amendment: *“Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.”*

The Eighth Amendment relates to the punishment phase, banning excessive fines, cruel and unusual punishments, and unreasonably high bails. In terms of a rationale, it could be explained in a simple argument that the punishment cannot be excessive when compared to the crime.

The ban on cruel and unusual punishment was originally intended to prevent physical mutilation and torture. A matter of intense controversy concerns the death penalty¹⁹. A majority of the Supreme Court has refused to hold that death penalty constitutes cruel and unusual punishment. However, the Court has imposed a series of procedural rules designed to assure the fair application of the death penalty.

The Supreme Court has affirmed the necessary proportionality among the crime committed by the individual and the punishment inflicted by the State. In *Robinson v. California (1962)* the Supreme Court held that a California law that authorized a 90-day jail sentence for being addicted to drugs violated the Eighth Amendment in basis that narcotic addiction is apparently illness. For the Court, the statute was an attempt to punish people based on the state of illness, rather than crime practice. Furthermore, the Supreme Court declared in *Atkins v. Virginia (2002)* that the execution of a mentally handicapped, and in *Roper v. Simmons (2005)* the execution of a person under age of 18 violates the Eighth Amendment.

10 THE POLITICAL AGREEMENT AMENDMENTS

10.1 The Ninth Amendment: *“The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.”*

The Ninth Amendment provides an enumeration of certain rights that shall not be construed to deny or disparage others retained by the people. It is a so-called “unenumerated rights”, rights deemed essential to the idea of liberty that are not explicitly described in the text of the Bill of Rights. It is often mentioned in discussions of fundamental rights²⁰. This clause expressly represents that not only the enumerated rights in the Constitution or in the Bill of Rights have a constitutional status and protection.

In *Griswold v. Connecticut (1963)* the Supreme Court struck down a Connecticut statute that prohibited the use of contraceptives by married persons, holding that it violated the constitutional right to privacy located in the opened language of the Ninth Amendment that is the guardian of unenumerated rights.

The Supreme Court’s reproductive autonomy opinions culminated in its historic abortion decisions in *Roe v. Wade (1973)* and *Doe v. Bolton (1973)* holding the constitutional right of privacy was broad enough to encompass a woman’s decision whether or not to terminate her pregnancy.

10.2 The Tenth Amendment: *“The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”*

¹⁹ See *Coker v. Georgia (1977)*, *Gregg v. Georgia (1976)*, *Godfrey v. Georgia (1980)*, *Walton v. Arizona (1990)*.

²⁰ CHEMERINSKI, Erwin. *Constitutional Law – Principles and Policies*, p. 640. Aspen Law and Business, 1997.

There was a similar provision in the articles of confederation of 1781. It clearly defines that the federal government is limited only to the powers expressly granted in the Constitution. Besides the concurrent powers among federal government and states, some have argued that the Tenth Amendment should be read as a broad protection of federalism, placing judicially-enforceable limits on the central government's power to impose rules on the states.

The Tenth Amendment protects state sovereignty from federal intrusion. It represents a protection of state's right and federalism, reserving private area for the state activity. The federal law that invades this restrict area should be considered as unconstitutional.

10.3 The Commerce Clause among the States

It is a specifically power delegated by the states to the federal government and in these situations the federal government can limit rights previously reserved to the states and to the people. In such situations the Congress can enact laws to regulate these economic actions when they affect interests of different states.

In ***Gibbons v. Ogden (1824)*** the Supreme Court concluded that a federal law could preempt a state law that granted a privilege of monopoly, because monopoly was an impermissible restriction of interstate commerce. This have been the position of the Court along the years, but in ***United States v. Lopez (1995)*** the Supreme Court considered unconstitutional a federal law that prohibited a person from having a firearm within a 1,000 feet of a school, because it did not represent a action of interstate commerce.

11 RACIAL INTEGRATION AMENDMENTS

Until the Civil War (1861-1864) the Constitution of the United States had adopted only twelve amendments. The first ten, ratified in 1791, are called the Bill of Rights. Later, were passed the Eleventh (1795) and the Twelfth (1804).

The original Bill of Rights as we had seen and discussed before provided historic protection in three specific axes: (1) citizenship and civil rights; (2) fair procedure (3) political agreement and the delegation of powers. It remains the bulwark of individual freedom at the core of the American Law that is a system created under a constitutional order. It was, however, radically incomplete, since these guarantees, in practice, were not extended to the former slaves population. In large part, because the nation in 1787 accepted the moral blights of slavery and the subordination of women. For this reason the original Bill of Rights was silent on the issue of equality. The protections of equality were limited, since they protected the weak from strong. The lack of an explicit racial equality guarantee in the Bill of Rights was a fundamental flaw. Only after the Civil War, the American constitutionalism became universal.

With the Union's victory in 1865, the so-called "Reconstruction Congress" proposed three amendments to the Constitution designed to fulfill the promise of equality to the newly freed slaves: the Thirteenth (1865), the Fourteenth (1868) and the Fifteenth Amendments (1870).

11.1 The Thirteenth Amendment

Section 1 – *“Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.”*

Section 2 – *“Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.”*

It expressly abolishes the slavery and involuntary servitude within the United States, except as a punishment for a crime. The abolition is self-executing, and unlike the Fourteenth Amendment, its force applies to both state and private action. Thus, all forms of slavery or involuntary servitude, both private and public were banned.

The Supreme Court has declared that the Thirteenth Amendment only prohibited slavery but it does not represent a racial protective amendment (*Hodges v. United States – 1906*). For this reason, offenses against the Amendment had not been prosecuted until 1947. However, in *Hurd v. Hodge (1948)* the Supreme Court held that the federal laws could not prohibit racially restrictive covenants. In that case, in a neighborhood was dealt that no one would sell their property to black people or Jewish. The Court only recognized the power to prohibit people from being or owing slaves, in the Thirteenth Amendment. The Supreme Court said that Congress’s power was limited to ensure an end to slavery, but no to eliminate discrimination. The Congress could not use its power, under the Thirteenth Amendment to adjust the social rights of men and races in the community.

But lately, since *Jones v. Alfred H. Mayer Co. (1968)* the Supreme Court declared the constitutionality of a federal that prohibited private discrimination in selling or leasing property.

11.2 The Fourteenth Amendment

Section 1 – *“All Persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.*

Section 2 – *“Representatives shall be apportioned among the Several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each state, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislative thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age, and citizens of the United States, or any way abridged, except for the participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of male citizens twenty-one years of age in such state”.*

Section 3 – *No person shall be a Senator or Representative in Congress or elector of President and Vice President of the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability”.*

Section 4 – *“The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void”.*

Section 5 – “The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article”.

The Fourteenth Amendment’s scope is to secure equal rights for former slaves. The core of the Second Bill of Rights was the equal protection and due process clause of the Fourteenth Amendment, prohibiting states from denying any person equal protection of the laws, or depriving any person life, liberty or property without due process clause. It includes all persons, born or naturalized in the United States and those who are subject to its jurisdiction.

11.2.1 The Equal Protection Clause – Unfortunately, the Court took a long time to affirm a broad extension of this clause. In the after Civil War period, the Supreme Court declared that there were some restrictions in the application of this clause to the state and local level. In such terms, the federal government was not authorized to prosecute racial discrimination by individuals or private organizations.

In *Plessy v. Ferguson (1896)*, the Supreme Court held that the states could impose segregation so long as they provided equal facilities. This was the genesis of the “Equal but Separate” doctrine. In this case, the Supreme Court affirmed the constitutionality of a state law that separated in public schools black students from white students, even denying for black children equal educational opportunities.

This doctrine was maintained by the Supreme Court for almost the whole twentieth century. The result was the persistence of a regime of state enforced racial apartheid in much of the United States well into the twentieth century, as follows:

- (1) in the WW II, black and white troops prevented by law from fighting side by side;
- (2) In Arkansas, white and black voters could not enter a polling place in each other’s company;
- (3) In Alabama, a white female nurse was forbidden to care for a black male patient;
- (4) Some states required separate bathroom facilities for black and white employees;
- (5) some states forbade white prisoners to be chained to blacks;
- (6) some states, in all forms of public recreation – parks, playgrounds, swimming pools, beaches, fishing ponds, boating facilities, athletic fields, amusement parks, racetracks, circuses, theaters and auditoriums – were racially segregated by law;
- (7) some states required segregating waiting rooms for all public transportation;
- (8) some states prohibited interracial marriage and imposed harsh penalties on interracial sexual relations;
- (9) some states ordered black passengers to ride in the rear of the bus and to give up their seats to whites;
- (1) some states and the District of Columbia operated public schools that were segregated by race as a matter of law.

This history started changing in the Supreme Court in *Brown v. Board of Education of Topeka (1954)*. In *Brown*, the Supreme Court rejected the idea that “separate” can be “equal”. At that time, 17 states and the District of Columbia segregated public schools legally imposed segregation. Chief Justice Warren declared that this sort of segregation imposes a badge of inferiority on members on excluded groups and deprives them of the equal protection of the laws. The Court affirmed that separate educational facilities brings inequality, violating the Equal Protection clause under the Fourteenth Amendment

Brown was followed by a burst of Supreme Court activity that eliminated government imposed racial segregation from every aspect of the American life. Laws mandating racial segregation on municipal golf courses were invalidated in 1954 and in 1955, and on the public

bathes and beaches (1955). Laws requiring blacks to sit in the back of the bus were struck down in 1956. In 1958, the Court invalidated laws mandating the segregation of parks and playgrounds. In 1962, the segregation in public restaurants at airports was overturned by the Supreme Court. In 1966, segregation in public libraries was outlawed. In 1967, laws banning interracial marriage and miscegenation were struck down – 60 years after their initial validation by the Supreme Court. In 1968, prison segregations were outlawed.

But in the 1960's, only 2.14 percent of black children residing in the South attended integrated schools. In 1968, the Supreme Court abandoned the "all deliberate speed" approach in favor of a command to take affirmative actions to transform the American constitutionalism in a universal system, distant from racial discrimination.

11.2.2 Due Process Clause – It plays different roles in the American Law. Firstly, it extends the guarantee of procedural fairness enforceable against the federal government.

As well, it can be seen as a source of substantive rights against governmental intrusions into economic markets and personal autonomy. In its initial manifestation, the idea of substantive due process was used to invalidate efforts to regulate the Manchesterian economic thought in the early years of the twentieth century. In this view, State and federal laws regulating prices, wages, or hours of work were often deemed unconstitutional under the Fourteenth Amendment in basis of this statutes deprive person liberty or property without due process of law, even though these statutes tried to guarantee basic rights of common. In *Lochner v. New York (1905)* the Supreme court invalidated a law that defined a maximum work week for bakers, and in *Adkins v. Children's Hospital (1923)* the Supreme Court invalidated a statute that regulated a minimum wage for workers.

Nevertheless, Holmes' ideas triumphed in *West Coast v. Parrish (1937)*, confronted with the economic realities of the Great Depression (1929-1939). This case represented the end of Lochnerism in the United States²¹. The Supreme Court upheld a state law that required a minimum wage for women employees, declaring that the Court was abandoning the principles of Lochner decision. The Supreme Court declared: "The Constitution does not speak of freedom of contract... it speaks of liberty and prohibits the deprivation of liberty without due process of law...".

11.2.3 - Discrimination on Basis other than Race

Even being the most odious form of discrimination, the fight against racism is not the only protection under this clause. Presently the equal treatment reaches beyond reaches women, allies, illegitimates and others. As with the rest of the Bill of Rights, its protections run only against the government. Private acts of discrimination must be dealt with, if at all, by legislation at the federal, state or local level.

The Warren Court's egalitarian revolution was not confined to race. In *Hernandez v. Texas (1954)* the Supreme Court ruled that the Fourteenth Amendment outlawed discrimination on the basis of national origin as well as race.

11.3 The Fifteenth Amendment-

Section 1 – "The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of race, color, or previous condition of servitude".

²¹ Chemerinski, Erwin. *Op.cit.* p 489

Section 2 – “The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation”.

The Fifteenth Amendment prohibits federal or state government to deny to a citizen of the United States the right to vote based on race, color, or social condition.

Its original idea was to guarantee the right to vote to members of racial minorities, especially newly freed slaves. But the rights emanated from the Amendment were fully respected not until the 1960s within the Civil Rights movement led by Martin Luther King. And, even then, the Supreme Court adopted a narrow construction of the Amendment to ban intentional discrimination, leaving rules that have the effect (if not the intent) of disenfranchising racial minorities in effect. It was not until the passage by Congress of the Voting Rights Act of 1965, and its expansion in 1982, that the promise of broad political participation regardless of race was made a reality.

12 CONCLUSION

After twenty-one centuries of its existence, the western civilization still did not resolve its fundamental contradictions. Our notorious incapacity to stop practicing the exact same mistakes along the history is leading us to a new era: the era of revisionism. It is time to revise our deeds, but not to destroy them. It is time to [re]construct a truly society where people has the clear notion about its power. A power that must belong to every man and woman and must be exercised according to moral and ethic principles under the empire of the Law and structured based on a justice model. This [re]constructed society must give one first step: to recognize the same rights, exactly the same rights, to all persons, disregarding their personal conditions as race, gender, religious belief, political preferences or social ranks. This [re]constructed society must give one second step: to [re]create truly welfare conditions of living apart, from any totalitarian temptation and discriminatory values. According to the ideas developed above, the feasibility of this new [re]created welfare society is conditioned to the formation of a constitutionalist order of living, supported on the political and juridical document, named Constitution.

REFERENCE LIST

- AMAR REED, Akhil. *The Bill of Rights – Creation and Reconstruction-*. Yale University Press, 1998.
- BIX, Brian. *Jurisprudence: Theory and Context*. Westview Press, 1996.
- CHEMERINSKI, Erwin. *Constitutional Law – Principles and Policies*. Aspen Law and Business, 1997.
- CHOPER, Jesse; FALLON JR, Richard; KAMISAR, Yale; SHIFFRIN Steven. *Constitutional Law*. Thomson West, 2007
- FOSTER, Nigel and SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford University Press, 2003.
- IDES, Alan and MAY, Christopher. *Constitutional Law – Individual Rights*. Aspen Publishers, 2007.
- NEUBORNE, Burt. *An Overview of the Bill of Rights*. Oxford Press, 1997.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 2003.
- ROTUNDA Ronald. *Constitutional Law*. Thomson West, 2007.
- STONE Geoffrey, SEIDMAN Robert, SUNSTEIN Cass, TUSHNET Mark, KARLAN Pamela, and TUSHNET Rebecca. *Constitutional Law*. 2005
- SULLIVAN, Kathleen and Gunther, Gerald. *Constitutional Law*. Foundation Press, 2007.
- OST, François. *Raconter la Loi – Aux Sources de l’Imaginaire Juridique*. Odile Jacob, 2004.

Rawls, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 2003.

VIGIL Neto, Luiz Inácio and HICKEL, Eric. *Petite Histoire du Droit du People Français – Evolution et Perspectives*. Revista da Ajuris n.º 111, 2008.

VIGIL Neto. *Fundamentos Epistemológicos para a Compreensão e Interpretação de Sistemas de Direito e Justiça*. Revista de Direito da Fadisma, 2008.

IMPORTÂNCIA DO ESTUDO E COMPREENSÃO DA VITIMOLOGIA DIANTE DA VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA AS CRIANÇAS, MULHERES E IDOSOS

Caroline Fockink Ritt¹
Cláudia Cagliari²

Pensem nas crianças

Mudas telepáticas

Pensem nas meninas

Cegas inexas

Pensem nas mulheres

Rotas alteradas

Pensem nas feridas

Como rosas cálidas

Mas oh não se esqueçam

Da rosa da rosa

Da rosa de Hiroxima

A rosa hereditária

A rosa radioativa

Estúpida e inválida

A rosa com cirrose

A anti-rosa atômica

Sem cor sem perfume

Sem rosa sem nada.

ROSA DE HIROXIMA

Vinicius de Moraes

1 INTRODUÇÃO

Os estudos de vitimologia têm dado imensa contribuição para a compreensão do fenômeno da criminalidade, contribuindo para melhor enfrentamento, a partir da introdução do enfoque sobre as vítimas atingidas e os danos produzidos. Para estudá-los, deve-se então valer de abordagens empíricas da vitimologia e, especialmente, do conceito de vítima relacional, entendida como aquela que interage com o autor, e com o meio. Por todo o exposto, verifica-se

¹ Advogada. Possui Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (2000). É especialista em Direito Penal e Processual Penal e possui Mestrado em Direito, ambos pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2007). Leciona as matérias de Direito Penal - Parte Geral, Criminologia e Sociologia Jurídica, na Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordena a Pós-Graduação presencial em Direito Penal e Processual Penal e a Pós-Graduação, em Direito Penal e Processual Penal, pela modalidade Ensino a Distância (EaD). Autora de artigos em revistas jurídicas especializadas e coautora do livro *O Estatuto do Idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais*, em coautoria com Eduardo Ritt, pela Editora Livraria do Advogado, em 2008. E-mail: carolineritt@viavale.com.br.

² Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (UNISC), área de concentração: Constitucionalismo Contemporâneo. Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Integrante do Grupo de Pesquisa em Constitucionalização do Direito Privado. Coordenadora do Curso de Direito e Professora de Direito Civil e Direito Empresarial e Legislação Societária das Faculdades de Itapiranga/SC (FAI).

que a vitimologia tem o mérito de incluir, na análise do crime, o comportamento da vítima, a análise de seu comportamento, diante da violência e suas conseqüências.

Outro esclarecimento que deve ser feito é de que, no momento atual, os objetos de investigação da vitimologia buscam estabelecer os tipos de vítimas, bem como desenvolver os argumentos sociais, genéticos e jurídicos a respeito delas. Além disso, essa investigação exige o reconhecimento da problemática, e sua solução, através de uma fundamentação e construção dogmáticas consistentes.

Hoje em dia, não se pode estudar o fenômeno da violência de forma isolada, ignorando-se o binômio autor e vítima. Nota-se que a Criminologia, ciência que centrou seus estudos no criminoso, e nos motivos do crime, acabou, paulatinamente, abrindo espaço para o surgimento da vitimologia. Ou seja, ciência que adicionou a presença da vítima ao fenômeno criminoso e, portanto, deu margem ao surgimento de mais um fator na equação crime-criminoso, chegando-se ao trinômio: crime, criminoso, e vítima.

O presente artigo aborda a violência na atualidade e suas vítimas, salientando alguns aspectos históricos e conceituais. O mesmo não tem a pretensão de esgotar o assunto. Também faz-se a incursão no estudo da violência cometida na atualidade, principalmente, com relação às vítimas: crianças, mulheres e idosos, os quais têm sido vítimas da violência doméstica.

Entende-se que o idoso, especificamente, seja um caso especial, já que essa camada da população não para de crescer e cada vez mais tem sido vitimizada pela violência doméstica, ou seja, a violência cometida por seus familiares e pessoas que deveriam protegê-los. Levando-se em conta as principais causas da violência doméstica, cometidas contra os três grupos de vítimas já mencionados (crianças, mulheres e idosos) tenta-se abordar, sem a pretensão de esgotar o assunto, estabelecendo conclusões intransponíveis, e questionando algumas de suas principais e nefastas conseqüências.

2 VITIMOLOGIA: ASPECTOS HISTÓRICOS E DEFINIÇÃO

Para o respectivo estudo das vítimas da violência, no presente, abordados respectivamente: crianças, adolescentes, mulher e os idosos, é necessário compreender o que é a *vitimologia*, ou seja, sua construção histórica e atual definição, pois na atualidade é vista, como um ramo do estudo da criminologia. A *vitimologia* pode ser conceituada como sendo a ciência que se ocupa do estudo da vítima. E, nas palavras de Frederico Abraão de Oliveira,

Um conceito mais apurado, a propósito do que seja Vitimologia, pode ser colocado como: o estudo do comportamento da vítima frente à lei, através de seus componentes biossociológicos e psicológicos, visando apurar as condições em que o indivíduo pode apresentar tendência a ser vítima de uma terceira pessoa ou de processos decorrentes dos seus próprios atos.³

Historicamente, pode se dizer que as primeiras manifestações formais sobre a *vítima*, sua tragédia, e a desventura de seus familiares, foram levantadas por Etienne de Greef e Wilhelm Saver. Analisando cronologicamente o estudo acerca da vítima, o pioneiro foi o criminólogo Hans Von Hentig, que se ocupou do estudo da vítima de forma abrangente, inclusive, criando o binômio "delinquente-vítima", em seu livro *O criminoso e sua vítima*, editado na década de 1940.

³ OLIVEIRA, Frederico Abraão de. *Manual de criminologia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992. p. 96.

Na obra , também é analisado o problema da reparação do dano, causado à vítima pelo delito, independentemente da responsabilidade civil do autor.⁴

Posteriormente, complementando os conceitos doutrinários e científicos trazidos por Von Hentig, Fritz Paasch destacou a importância da relação “criminoso-vítima”, em sua obra *Problemes Fundamentaux et Situation de la Victimologie*⁵ :

Nos anos seguintes o assunto foi igualmente abordado por Franz Exner, Weiss, Eisemberg, Gasper e EleMBERGER. Aliás, já em 1899, Viveiros Castro voltava sua atenção para as vítimas de má-fé nas transações envolvendo pecúnia. Em 1901, Hans Gross fazia referência à credulidade das vítimas de fraude. Também Fuerbech, em 1913, aludindo à vítima de determinado homicídio, frisava que fora ele, o sujeito passivo, o próprio culpado do evento que o atingiu. Anteriormente, em 1912, Gabriel Tarde repisadamente criticou o descaso legislativo no tocante ao relacionamento entre criminoso e a vítima. Ainda em 1914, era Garofalo quem advertia que, algumas vezes, é a vítima que provoca seu agressor a ponto deste cometer até o homicídio. Também Edwin Southerland explanou sobre as vítimas de delitos caracterizados pela fraude.⁶

Em 1945, o advogado israelense Benjamin Mendelsohn utilizou, pela primeira vez, o termo *vitimologia* para se referir ao estudo da vítima ou da relação que existe entre criminoso e vítima. E em 1948, Hans Von Hentig, através de sua obra *O criminoso e sua vítima*, alia-se a Benjamin Mendelsohn e torna-se um dos precursores do estudo da vítima ou da Vitimologia.⁷

Hans von Hentig era professor de criminologia, na Universidade de Bonn, na Alemanha. Imigrou para os Estados Unidos, publicando, em 1948, o livro *O criminoso e suas vítimas*, no qual sintetiza uma classificação da vítima. O referido autor também estabelece uma relação do criminoso com a vítima. Fala de vítimas deprimidas, libertinas, solitárias, atormentadas, lutadores, bloqueadas e aquisitivas.⁸

E, conforme Fernandes, foi somente a partir de 1956, com o advogado de origem israelita, Benjamin Mendelsohn, que se deu uma forma definitiva às suas ideias e estudos antes publicados sobre a vítima. Nesse contexto, a vitimologia surgiu com essa denominação e como disciplina criminológica.⁹ Foi a partir dos estudos realizados por Benjamin Mendelsohn, abordando o

⁴ FERNANDES, N.; FERNANDES, V. *Criminologia integrada*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 543.

⁵ Ibidem, p. 544.

⁶ Ibidem, p. 544.

⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 32.

⁸ NASCIMENTO, José Flavio Braga. *Curso de criminologia*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, p. 156 - 7. O referido autor divide em três grandes grupos os criminosos e as vítimas. No primeiro grupo, enquadra o do criminoso que passa à vítima, ou a vítima que passa a ser criminoso. Na primeira definição, em que o criminoso passa a ser vítima é explicado pelo fato de que, o criminoso é marcado socialmente e fica sem proteção, mesmo após ser cumprida a sua pena. Nessas circunstâncias, passa a ser chantageado por seus cúmplices e explorado por outras pessoas, que estão apoiadas na lei. Como consequência, tiraniza as pessoas até ser morto por elas. Já com relação às vítimas que se tornam criminosas, define-as como sendo as pessoas que, por serem extremamente maltratadas, exploradas e abandonadas, geralmente, desde a infância, acabam sofrendo de tal maneira diante das injustiças sociais, que acabam se tornando criminosas. A segunda colocação de Hentig refere-se à vítima latente, aquela que tem uma disposição permanente e inconsciente para ser vítima, atraindo assim os delinquentes. A essas vítimas estão incluídos os masoquistas e aqueles cuja psicologia contém um fatalismo, somado ao desinteresse pela vida. E a terceira classificação refere-se à relação de delinquente e vítimas, na qual existiria uma atração recíproca, que uniria os sujeitos como, por exemplo, a prostituta proxeneta, ou seja, a prostituta e o seu cafetão.

⁹ FERNANDES, N.; FERNANDES, op. cit., p. 544.

assunto sobre a vítima, que despertou grande interesse e, em 1958, foi amplamente analisado em simpósio de Criminologia, realizado na Universidade de Bruxelas, na Bélgica.¹⁰

Quanto à sua origem, pode-se dizer que a vitimologia, como é vista atualmente, nasceu como uma reação à macrovitimação da II Guerra Mundial, particularmente, como uma resposta dos judeus ao holocausto hitleriano/germano, ajudados pela reparação positiva do povo alemão, a partir de 1945.¹¹

Em 1973, celebrou-se em Jerusalém o Primeiro Simpósio Internacional sobre Vitimologia, e ali encontraram eco os poucos trabalhos que, anteriormente, haviam sido publicados a respeito das vítimas dos delitos. Pode-se dizer que oficialmente nasce a vitimologia, no âmbito científico e mundial, no ano de 1979, no Terceiro Simpósio Internacional de Vitimologia, celebrado em Münster (Alemanha), quando é fundada a Sociedade Mundial de Vitimologia, à qual pertencem, atualmente, umas trezentas pessoas, e que tem dado impulso a inúmeros livros, revistas, estudos, cursos, simpósios, congressos, etc.¹²

Benjamin Mendelson, um professor israelita que trabalhava com a vitimologia, desde a década de 40, definiu a vitimologia como ciência sobre as vítimas e a vitimização. O autor observou que o principal objetivo da disciplina era a existência de menos vítimas, em todos os meios da sociedade, e que isso iria ocorrer sempre que a sociedade estivesse interessada na solução do problema.¹³ E quanto à legislação de auxílio às vítimas, pode-se trazer o seguinte relato:

[...] já no ano de 1891 o Terceiro Congresso Jurídico Internacional em Florença, aprovou a proposição de Garofalo de instituir um fundo de compensação estatal para assistir as vítimas de certos delitos. Prescindindo-se de outros muitos dados, na Nova Zelândia, no ano de 1963, formulou-se um programa importante de compensação às vítimas de delitos. Na América, foi o México o pioneiro, no ano de 1969. No Distrito Federal, elaborou-se e aprovou-se, por inspiração de Sergio Garcia Ramirez, então procurador-geral de Justiça, uma lei de proteção e auxílio às vítimas de delito.¹⁴

Atualmente a *vitimologia* está ligada ao estudo da criminologia. Consoante Beristain:

A vitimologia é filha da criminologia, muito mais que do direito penal. Desta afirmação se deduzem conseqüências muito esclarecedoras, já que a ciência e a práxis jurídico-penal diferem notavelmente da ciência e da práxis criminológica. Diferem nos princípios básicos, nas propostas dos problemas e na exagerada (ainda que necessária) divisão de trabalho científico para evitar a superficialidade.¹⁵

¹⁰ Ibidem., p. 544.

¹¹ BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do Direito Penal e da vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 83.

¹² Ibidem, p. 83.

¹³ NASCIMENTO, op. cit., p.157.

¹⁴ BERISTAIN, op. cit., p. 85.

¹⁵ Ibidem., p. 88: Se alguém duvida de que a vitimologia deriva da criminologia mais que do direito penal, é só recordar que, ao se criar em Münster, no ano de 1979, a Sociedade Mundial de Vitimologia, seus membros fundadores discutiram se deveriam formar uma seção dentro da Sociedade Internacional de Criminologia ou constituir uma sociedade autônoma independente. A ninguém passou a possibilidade de integrar-se à Associação Internacional de Direito Penal. Outra prova de que a vitimologia nasceu, e cresce mais perto da criminologia do que do direito penal, nos oferece o fato de que a reparação, tal e qual se concebe e pratica o direito penal, tem muito castigo (perto da multa) para repreender e sancionar o delinqüente; por isso, se diz 'aquele que fez, que pague'. Ao contrário, os vitimólogos concebem a reparação, antes e sobretudo, para dar assistência à vítima.

Ela deve ser considerada como uma ciência para a liberdade, como também de liberação moral, e material, de todo tipo de vitimados, o que também abrange até os atingidos pelos acidentes de trabalho, e da sociedade, ou ao menos de grande parte dela.¹⁶ E, nas palavras de Fernandes, a Vitimologia “busca indicar o posicionamento biopsicossocial da vítima diante do drama criminal, fazendo-o inclusive sob os ângulos do Direito Penal, da Psicologia e da Psiquiatria”¹⁷

3 A VIOLÊNCIA NA ATUALIDADE

No Brasil, testemunhamos e convivemos com várias formas de violência, como a violência urbana; a violência que é praticada pela discriminação contra as minorias, como negros, índios, mulheres, crianças e idosos, e a violência social que decorre dos altos índices de desigualdade social e da pobreza.¹⁸

Analisando a realidade da sociedade brasileira pode-se perceber que ela é muito excludente, pois impede que uma grande parcela da população tenha acesso aos bens considerados essenciais à sua nutrição, à preservação de sua saúde e à defesa de sua vida, condenando 1/3 da população à miséria. Tal situação tem enorme impacto sobre o sentimento de igualdade, gerando uma sociedade conflituosa, que produz os níveis de violência conhecidos atualmente. Para alguns, os excluídos são ao mesmo tempo vítimas e autores dessa mesma violência social.¹⁹

O termo violência vem do latim *violentia*, que significa caráter violento ou bravo. E o termo *violare* significa tratar com violência, profanar, transgredir. Tais termos devem ser referidos a *vis*, que significa a força em ação, o recurso de um corpo para exercer a sua força e, portanto, a potência, o valor, ou seja, a força vital.²⁰

Violência é, portanto, toda forma de investida, ataque, assalto, provocação, hostilidade, ofensa, acometimento, abandono, exploração, golpe, insulto, gesto, assédio, conduta com intuito destrutivo (e muitas condutas sem este intuito, como os necessários à constituição do sujeito, sendo exemplo os inúmeros interditos paternos necessários a esta constituição) capaz de causar sofrimento, dor, constrangimento ou sensação desagradável. Não obstante a amplitude do conceito apresentado, ele acaba restrito, de fato, pois as formas de agressão e violência podem ser infinitas ou, no mínimo, ampliadas largamente.²¹

Nesse sentido, *violência*, que é composto por *vis* que, em latim significa força, sugere a ideia de vigor, potência, impulso. Também traz o teor de excesso e de destemor. Então, mais do que uma simples força, a violência pode ser conceituada como o próprio abuso da força. É o ato de brutalidade, constrangimento, abuso, proibição, desrespeito, discriminação, imposição,

¹⁶ Ibidem, p. 89.

¹⁷ FERNANDES, N.; FERNANDES, V., op. cit., p. 544.

¹⁸ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica – análise da Lei “Maria da Penha”*, n. 11.340/06. Salvador: Editora Podivm, p. 33.

¹⁹ LINTZ, Sebastião. *O crime, a violência e a pena*. Campinas / SP, 1987. p. 34.

²⁰ CAVALCANTI, op. cit., p. 29.

²¹ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Violência: psicanálise, direito e cultura*. Campinas, SP: Millenium Editora, 2007. p. 6-7.

invasão, ofensa, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial, contra alguém, caracterizando relações que se baseiam na ofensa e intimidação, pelo medo e terror.²²

Arendt traz a devida observação sobre as discussões a respeito do fenômeno do poder. Percebemos, então, que existe um consenso entre os teóricos da política, tanto da esquerda como da direita, no sentido de que a violência é tão-somente a mais flagrante manifestação de poder.²³ E a autora continua no sentido de que:

Ao que parece, a resposta dependerá do que compreendemos como poder. E o poder, ao que tudo indica, é um instrumento de dominação, enquanto a dominação, assim nos é dito, deve a existência a um 'instinto de dominação'. Lembramo-nos imediatamente do que Sartre disse a respeito da violência quando em Jouvanel que 'um homem sente-se mais homem quando se impõe e faz dos outros um instrumento de sua vontade, o que lhe dá um 'prazer incomparável'.²⁴

Os atos de violência ocorrem quando os homens não utilizam recursos como a palavra, o diálogo e a argumentação. Quando as pessoas se utilizam desses instrumentos, observa-se que o mundo continua seguro e tranqüilo, mas, se elas os abandonam, ocorre uma transformação na realidade. O violento é aquele que age de forma direta, sem intermediários, dispensando qualquer consideração com as outras pessoas. Na violência, os fins e os meios não possuem qualquer legitimação, pois não são aprovados, nem pela moralidade nem pelas leis.²⁵

A violência pode expressar-se de várias maneiras, ter várias causas, umas distintas das outras. Há a violência interpessoal e a grupal. A violência organizada, monopolizada e repressiva dos Estados, combatida pela violência revolucionária. Nesse viés, temos vários exemplos, no sentido de que os atos violentos podem ser relacionados à agressão direta, física, de uma pessoa contra a outra como, por exemplo: um soco, uma facada, um tiro, a tortura, dentre outras formas.²⁶ A violência também exemplifica-se através da agressão considerada *não-física*, que é aquela praticada contra a estrutura psíquica de uma pessoa, a chamada violência moral como, por exemplo, a tortura psíquica, a chantagem emocional, o menosprezo, dentre outras formas.²⁷

Outro exemplo encontra-se nos atos violentos coletivos, como as guerras, a miséria, a xenofobia, o genocídio, o extermínio e tantos outros. Podemos falar da chamada violência legalizada, que são as normas jurídicas, consideradas perversas, e que estruturam uma sociedade violenta. Exemplo disso é : a legislação laboral, em especial, a relativa ao salário mínimo.²⁸

Também a concentração de renda, ou a concentração de terra. A pena de morte legalizada. Mesmo as normas não-perversas, ditas legítimas, embutem violência, no mínimo para se fazerem cumprir; 6) a violência econômica, com seus resultados catastróficos para a humanidade; 7) de forma mais latente, os atos violentos no amor, como um ser tentar apossar-se, adonar-se, do outro. Uma forma de arrancar uma parte do outro para si; 8) a violência metamorfaseada de atos de altruísmo. Pode ser o caso de um religioso fervoroso, dedicado ao bem-estar dos outros. Ou um adulto pacifista, habituado

²² CAVALCANTI, op. cit., p. 29.

²³ ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p. 32.

²⁴ Ibidem, p. 33.

²⁵ CAVALCANTI, op. cit., p. 28.

²⁶ ANDRADE, op. cit., p. 9.

²⁷ Ibidem, p. 9-10.

²⁸ Ibidem, p. 10.

a torturar animais, na sua infância. Trata-se de modos de sublimar desejos de agressão. Muitas outras formas de expressão de violência existem, tornando-se impossível catalogar todas.²⁹

Para alguns, a violência é própria da essência humana, ou seja, do estado de natureza. Assim, a sociedade pode ser compreendida como uma construção que é destinada a enfrentar e conter o avanço da violência. Os homens são governados por um desejo, que gera conflitos e rivalidades, e que apresenta a seguinte fórmula: algo é desejável para alguém da mesma forma que também é desejado pelos outros e, dessa relação, nasce o conflito. Tal análise tem como base a teoria de Thomas Hobbes, que concebe a vida como a busca pela sobrevivência e preservação da existência humana.³⁰

A história da humanidade pode ser vista como uma história de violência. Violência de todas as ordens, mas estruturada, ampla e sistematicamente, na formação de impérios, cuja sucessão demarcou, efetivamente, nosso desenvolvimento histórico.³¹

Nesse sentido, a violência é uma constante na natureza humana. Desde a aurora do homem e, possivelmente, até o crepúsculo da civilização, esse triste atributo parece acompanhar, passo a passo, a humanidade, como lembrando, a cada ato em que reemerge no cotidiano, nossa paradoxal condição, tão selvagem quanto humana.³²

Neste momento da análise, torna-se necessário um pequeno excursão sobre as bases do comportamento humano. Nos conceitos acima, de certa forma, embute-se a polêmica sobre a razão e a emoção. Para alguns, a violência é exclusiva dos humanos, porque nós podemos, consciente e racionalmente, prever um fim para a agressão, tornando-a uma violência. A violência seria uma agressão, mas acrescida de um fim, ou seja, a aniquilação ou destruição do outro.³³

Por ser um fenômeno humano, a violência não pode ser analisada fora do quadro histórico-cultural onde ocorre. As normas de conduta mudam do ponto de vista cultural e histórico, dependendo do grupo que está sendo analisado. Assim, atos considerados violentos para determinadas culturas podem não ser considerados violentos para outras.³⁴

Para exemplificar, pode-se citar que, durante muito tempo, os castigos físicos infligidos a crianças e negros foram considerados normais. O que também ocorria com relação à violência praticada contra a mulher, pois esse abuso era considerado como natural, devido ao poder que o homem detinha nas relações familiares, em virtude do casamento. Pode-se citar também a realidade em países de religião islâmica, onde as ablações do clitóris das crianças ocorrem diariamente, e são práticas consideradas normais pela maioria da população muçulmana, não sendo criminalizadas, ao contrário do que ocorre em países ocidentais, onde constituem atos de violência e graves violações, aos direitos humanos.³⁵

²⁹ Ibidem., p. 9-10.

³⁰ CAVALCANTI, op. cit., p. 25-8.

³¹ ANDRADE, op. cit., p.10-1.

³² PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 13.

³³ ANDRADE, op. cit., p. 4.

³⁴ CAVALCANTI, op. cit., p. 27-8.

³⁵ Ibidem, p. 28.

Nas relações familiares violentas, observa-se a presença da força bruta, pois:

Os agressores utilizam-se da relação de poder e da força física para subjugar as vítimas e mantê-las sob o jugo das mais variadas formas de violência. Assim, uma simples divergência de opinião ou uma discussão de somenos importância se transformam em agressões verbais e físicas, capazes de conseqüências danosas para a toda a família. Nesses conflitos, a palavra, o diálogo e a argumentação dão lugar aos maus tratos, utilizados cotidianamente como forma de solucioná-los.³⁶

E, conforme Maria Berenice Dias, aquele que vivencia a violência, muitas vezes antes de nascer, e durante toda a sua infância, passa a achar natural o uso da força física. Da mesma forma, a impotência da vítima, diante do agressor, acaba gerando, nos filhos, a consciência de que a violência é um fato natural.³⁷

4 A CRIANÇA E O ADOLESCENTE COMO VÍTIMAS DA VIOLÊNCIA

É inegável que existe, no Brasil, um grande número de crianças vítimas da violência. Elas são encontradas, principalmente, na:

[...] infância pobre, vítima de violência social mais ampla; a infância explorada, vítima de violência no trabalho; a infância torturada, vítima da violência institucional; a infância fracassada, vítima da violência escolar; a infância vitimizada, vítima da violência doméstica.³⁸

Os maus-tratos praticados contra as crianças foram abordados, pela primeira vez, por Sigmund Freud, em 1919, mas, somente com a publicação da obra *Síndrome da Criança Espancada*, por Kempe e colaboradores, em Chicago, o mau-trato, cometido contra as crianças, começou a ser considerado objeto de investigação, chamando a atenção dos profissionais da saúde, bem como do público em geral, para a necessidade de se proteger a criança.³⁹ Ainda que existam divergências entre as teorias psiquiátricas, psicológicas e sociológicas, quando da abordagem da criança maltratada, existe uma unanimidade entre elas, com relação aos possíveis efeitos da violência, na personalidade infantil, ou seja, a criança vítima de violência apresenta baixa autoestima, desenvolve um enorme sentimento de culpa, de forma inconsciente sente desejo de autopunição, desenvolvendo tendência ao fracasso.⁴⁰

Não resta dúvida, qualquer que seja o tipo de violência, essa sempre impõe à criança, que a ela sobrevive, profundas marcas no seu desenvolvimento físico e emocional.

Os maus tratos na infância são atualmente considerados como uma das principais causas de morte de crianças e, portanto, um problema de Saúde

³⁶ Ibidem, p. 29.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 16.

³⁸ AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 233.

³⁹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

⁴⁰ VERONESE, J.R.P.; COSTA, M.M. da C. *Violência doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p.122.

Pública. A proliferação do abuso e negligência na infância deve ter alguma relação com o aumento alarmante da violência na sociedade contemporânea, demonstrado pela incidência maior de crimes violentos, delinquência, suicídio e acidentes fatais.⁴¹

Conforme definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), abuso infantil ou violência contra a criança são consideradas formas de maus-tratos, tanto físicos e emocionais, como também a negligência, exploração comercial. A referida organização também traz dados no sentido de que 40 milhões de crianças, menores de 15 anos, são anualmente, vítimas das mais variadas formas de violência. E, segundo Relatório da UNICEF, somente entre 1985 e 1995, mais de 2 milhões de crianças foram massacradas, 6 milhões foram gravemente feridas e 12 milhões ficaram sem abrigo.⁴²

Qualquer outra forma de exploração, que acabe causando dano potencial ou efetivo para a saúde, a sobrevivência e o desenvolvimento da dignidade da criança, que ocorre no contexto de um relacionamento de confiança, responsabilidade ou poder, é um problema sério de saúde, havendo fortes indícios de que se trata de um fenômeno comum, em todo o mundo.⁴³

Maria Fay Azambuja observa que, no séc. XXI, a violência deve ser considerada como violação de direitos humanos, sendo as maiores vítimas, no cenário mundial: bebês, crianças e mulheres.⁴⁴ Diante desse quadro, é necessário ressaltar que a humanidade depende de forma vital da criança para sua continuação. As qualidades infantis são imprescindíveis para o desenvolvimento, e também para o progresso da espécie humana.

Há que se considerar ainda que exista uma imensa cifra negra no tocante à violência doméstica contra a criança e juventude, muito mais do que contra a mulher, visto que, além de existirem os fatores familiares intimidatórios da delação das violências cometidas, existe também a situação da criança (muito mais que do adolescente), na maioria das vezes não ter discernimento suficiente para procurar a autoridade responsável e comunicar a violência que passou a sofrer.⁴⁵

Então pode-se afirmar que a violência doméstica contra a criança e o adolescente:

[...] representa todo ato ou omissão por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e adolescentes que – sendo capaz de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima – implica, de um lado, uma transgressão de poder/dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma

⁴¹ ZAVASCHI, Maria Lucrecia Scherer et al. Abuso sexual na infância: um desafio terapêutico. *Revista de Psiquiatria*, n. 13, p.136, set./dez. 1991.

⁴² TRINDADE, Jorge; SILVA, Milena Leite. Crianças e adolescentes vítimas de violência: envolvimento legal e fatores psicológicos estressores. In: *Direito da Criança e do Adolescente – uma abordagem Multidisciplinar. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 54, p. 243-264, out./2004, abr./2005.

⁴³ AZAMBUJA, op. cit., p. 66. Pesquisa realizada pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, em 1997 demonstrou que, num contingente de 1.579 crianças e adolescentes que viviam na rua, 23,4% não retornavam para casa porque seriam vítimas de maus-tratos. Em Porto Alegre, estima-se que 18% das mulheres com menos de 18 anos, sofreram algum tipo de assédio sexual que foi cometido por pessoas de sua família.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁵ NETO, Ricardo Ferracini. A violência doméstica sob a ótica da criminologia. In: SÁ, A. A. de.; SHECAIRA, S. S.; (Org.). *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 90.

negação do direito que crianças e adolescentes têm de ser tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.⁴⁶

Pode-se observar que violência doméstica é considerada mais frequente e até mais visível nas classes mais pobres e marginalizadas, nas quais a miséria, o desemprego, a marginalidade, a toxicomania, o alcoolismo e a desestrutura familiar contribuem diretamente para causar distúrbios psicológicos, o que acaba agravando conflitos. Todavia, a violência doméstica, ativa ou passiva, é um fenômeno que atinge todas as classes sociais.⁴⁷

Tal forma de violência pode se manifestar através da agressão física, sexual ou emocional, como também por meio da negligência e, atualmente, é um problema que atinge milhares de crianças e adolescentes. Vale destacar que o problema não é inerente a alguma classe social específica, ou nível sócio-cultural determinado, conforme ressaltado, pois ocorre em praticamente todas as classes sociais.

4.1 Violência sexual

O abuso sexual praticado contra a criança pode ocorrer na infância, ou em qualquer faixa etária, inclusive com os bebês. No que tange à violência sexual, ou à exploração sexual, ela pode ser definida como sendo todo ato ou jogo sexual, envolvendo tanto relação hetero como homossexual, que ocorre entre um ou mais adultos e uma criança ou adolescente. O abuso sexual tem como finalidade estimular sexualmente a criança ou o adolescente, ou mesmo utilizá-la(o) para obter uma estimulação sexual sobre a sua pessoa ou de outra pessoa.⁴⁸

O abuso sexual infere-se da desigualdade entre adulto e criança. A assimetria de idade e a diferença de grau de maturidade biopsicossocial entre adulto e criança impõe uma posição de poder (físico, emocional, cognitivo ou social) ao qual se acresce a nota de coação.⁴⁹

A violência sexual também é definida como o envolvimento de crianças e adolescentes, dependentes e imaturos com relação ao seu desenvolvimento, em atividades sexuais que eles não têm condições de compreender plenamente. Devido a essa imaturidade, também são incapazes de dar o consentimento. Também é a violência que viola as regras sociais e os papéis familiares, incluindo a pedofilia⁵⁰, os abusos sexuais violentos e o incesto⁵¹.⁵² O abuso sexual, propriamente dito, :

⁴⁶ GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 1998. p. 32-3.

⁴⁷ LEAL, César Barros. A criança e a violência doméstica. In: LEAL, C. B.; PIEDADE JÚNIOR, H.; (Org.). *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.44.

⁴⁸ AZAMBUJA, op. cit., p. 68.

⁴⁹ TRINDADE, J; BREIER R. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 52.

⁵⁰ Ibidem, p. 43. O transtorno pedofílico geralmente começa na adolescência, embora, em alguns casos, somente se manifeste na meia-idade. Seu curso costuma ser crônico, e a taxa recidiva é elevada, especialmente na pedofilia que envolve indivíduos com preferência pelo sexo masculino, numa relação de aproximadamente o dobro daquela para a preferência pelo sexo feminino.

⁵¹ AZAMBUJA, op. cit., p. 68. *Incesto*: definido como a exploração sexual da criança por outro membro da família. Envolve pessoas entre as quais o casamento é proibido, em razão de lei ou dos costumes. Pressupõe relação sexual não apenas entre parentes com laços sanguíneos próximos, mas entre pessoas que têm ligações formais ou informais de parentesco, culturalmente consideradas como obstáculo para as relações sexuais.

⁵² Ibidem, p. 68.

[...] pode ser dividido em familiar e não familiar. Autores apontam que 'aproximadamente 80% são praticados por membros da família ou por pessoa conhecida confiável'. Cinco tipos de relações incestuosas são conhecidas: pai-filha, irmão-irmã, mãe-filho, pai-filho e mãe-filha, sendo possível que o mais comum seja irmão-irmã; o mais relatado é entre pai-filha (75% dos casos). A violência sexual doméstica praticada contra a criança, de cunho intrafamiliar, 'retém os aspectos do abuso relativos ao apelo sexual feito à criança, bem como destaca tal ocorrência no interior da família'. O abuso sexual da criança insere-se em uma gama extensa de situações de violação dos direitos da infância.⁵³

Na tentativa de se conhecer a realidade, envolvendo o abuso sexual praticado contra criança, foi feita pesquisa realizada junto aos Conselhos Tutelares do Rio Grande do Sul, no período de setembro de 1997 a fevereiro de 1998, envolvendo trinta e seis, dos duzentos e quinze municípios existentes na época, e que aderiram à proposta.⁵⁴ Com a referida pesquisa, constatou-se que:

Os dados apontam a figura do pai como o maior abusador (18,46%), seguida do padrasto (16,50%), dos vizinhos (14,56%), amigo/conhecido (6,80%), companheiro/namorado da mãe (4,85%), tio (3,88%), primo (2,91%), irmão (1,94%). Não foram constatados casos de abusos praticados pela mãe, sendo que somente 7,77% dos casos foram atribuídos a pessoas estranhas à criança, confirmando a necessidade da adoção de medidas preventivas de enfrentamento da violência sexual intrafamiliar.⁵⁵

A literatura relata que o primeiro caso legal, em que ocorreu a retirada do poder familiar, aconteceu na cidade de Nova Iorque, no ano de 1846, a favor de uma menina que era severamente espancada. Tal determinação judicial ocorreu por interferência direta da Sociedade Protetora contra a Violência em Animais. Na época, não existiam organismos de proteção à criança, então, o caso de espancamento foi encaminhado à entidade de proteção aos animais. Esse fato nos mostra o quão recente é a preocupação da comunidade científica, e do mundo jurídico, com relação à proteção dos direitos da criança.⁵⁶

De outro lado, a realidade mostra que abusos sexuais existem e são graves, potencialmente lesivos para o equilíbrio psicofísico da criança, e capazes de deixar marcas que podem perdurar para o resto da vida.

Porém, é preciso atentar para a ótica alarmista e tratar o tema fora de qualquer sensacionalismo. O único interesse é o interesse da criança e, sobre ele, não se deve colocar nenhum outro. Não se pode esquecer, também, que crescer e viver numa cultura do abuso não é nada tranquilizador para futuras relações sociais e afetivas.⁵⁷

As crianças vítimas de violência são encontradas, principalmente, na infância pobre, quando ela é a vítima da violência social, que é mais ampla. Também na infância explorada, vítima de violência no trabalho. É a infância vitimizada que é a infância fracassada, vítima da violência institucional, da violência escolar e vítima da violência doméstica.⁵⁸

⁵³ Ibidem, p. 69.

⁵⁴ Ibidem, p. 71.

⁵⁵ Ibidem, p. 71-2.

⁵⁶ Ibidem, p. 73.

⁵⁷ Ibidem, p. 56-7.

⁵⁸ AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V. N. de A., op. cit., p. 233.

As crianças e adolescentes que habitam lares conturbados, disfuncionais, são amiúde vítimas de dupla violência –direta e indireta – cometida por parte dos pais biológicos ou por afinidade (a mãe, com extrema freqüência, visto que passa mais tempo com os filhos, notadamente os bebês), responsáveis (padrinhos e tutores) ou parentes (irmãos, primos, tios, avós), muitos sob o efeito do álcool ou drogados e/ou com distúrbios de comportamento, na faixa etária predominante de 26 a 34 anos. De um lado, são negligenciadas (em termos afetivos, alimentares, educacionais e de saúde), agredidas física ou emocionalmente (com o alegado castigo corretivo, a ‘pedagogia negra’, ameaças e atitudes de depreciação), postas em cárcere privado, torturadas, afogadas, envenenadas, intoxicadas, esfaqueadas, objeto de sevícias sexuais que podem perdurar anos, exploradas sordidamente por pedófilos para quem *sex after eight is too late* e mercadores de prostituição e da pornografia infantil. De outro lado, são testemunhas de atos violentos perpetrados contra menores de sua família.⁵⁹

É possível notar que, conhecer a posição ocupada pela criança, observando-se o período histórico, dentro e fora da entidade familiar, é pressuposto para que se entenda os motivos que explicam a demora na criação de mecanismos jurídicos para a efetiva proteção da infância, no nosso país e mundialmente.⁶⁰

A lei tem a função de provocar e acelerar a transformação social, afirmando os direitos humanos fundamentais, assegurados às crianças como também levando em consideração o fato de que elas sejam pessoas em desenvolvimento.

5 VIOLÊNCIA COMETIDA CONTRA A MULHER E SUA VITIMIZAÇÃO

A violência contra a mulher é comprovada pelas estatísticas apresentadas pelas ONGs e órgãos públicos, como também quando se faz uma observação da atividade policial e forense onde a violência doméstica ocupa um grande espaço.

A Organização Mundial da Saúde, em suas estatísticas, indica que quase a metade das mulheres, vítimas de homicídio, são assassinadas pelo marido ou namorado, tanto o ex como também pelo atual. Da mesma forma, pesquisa realizada pela Anistia Internacional, em cinquenta países, trouxe dados reveladores: que uma em cada três mulheres foi vítima de violência doméstica, como também obrigada a manter relações sexuais, ou submetida a outros tipos de violência.⁶¹

Em 2005 a Organização Mundial da Saúde elaborou um estudo sobre a saúde da mulher e a violência doméstica em dez países, incluindo o Brasil, e constatou que, apesar dos compromissos internacionais assumidos, não ocorreram mudanças significativas no que se refere à prática deste tipo de violência.⁶²

⁵⁹ LEAL, op. cit., p. 44.

⁶⁰ AZAMBUJA, op. cit., p. 20. Na atualidade, a violência, em especial a praticada contra a criança, tornou-se objeto de estudo de várias áreas do conhecimento, como a medicina, a psicologia, a psiquiatria, a sociologia, a filosofia, as ciências jurídicas, entre outras. Os estudos produzidos, especialmente no século XX, sobre a relevância dos primeiros anos de vida e seus reflexos ao longo do desenvolvimento do homem, acabaram por afetar todas as áreas das ciências, inclusive as ciências jurídicas.

⁶¹ SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 258.

⁶² *Ibidem*, p. 258-9.

Nas classes mais desfavorecidas, a violência é resultado do baixo nível educacional, da tradição cultural machista e patriarcal, do desemprego, do uso da droga e pelo alcoolismo. Também ocorre nas classes economicamente superiores, estando relacionada à parte desses fatores.⁶³ Ela atinge um grau de brutalidade tão grande ao ponto de ser considerada também um grave problema de saúde pública.

Então, podemos dizer que o discurso jurídico, através das várias mudanças dos textos legais, foi sendo alterado na medida em que o tópico da vitimização das mulheres foi inserido no discurso criminológico e as teorias criminais passaram a considerar o gênero e as suas relações. Depois de vários séculos de vitimização da mulher na esfera privada ter sido desconsiderada, o sistema jurídico penal teve que se responsabilizar perante a sociedade que reconhece a violência contra as mulheres como forma de violação de direitos básicos e, portanto, violação dos direitos humanos.⁶⁴

A violência, em suas mais variadas forma de manifestação, afeta a saúde, a vida: produz enfermidades, danos psicológicos e também pode provocar a morte. Tem como objetivo causar dano a um organismo vivo, ou seja, é qualquer comportamento que tem como objetivo o de causar dano a outrem. Nessa perspectiva, Marie-France Hirigoyen explicita que a violência conjugal tem efeitos devastadores sobre a saúde física, como sobre a saúde mental das mulheres e de seus filhos. Embora as consequências físicas da violência sejam mais facilmente percebidas, observa-se que, as mais graves, de forma incontestada, são as consequências da violência psicológica.⁶⁵

Nas vítimas, são frequentes as manifestações de ansiedade ou ansio-depressivas. Para esconder ou mascarar a realidade de ansiedade, as vítimas acabam recorrendo ao álcool, às drogas ou tomam medicamentos psicotrópicos.⁶⁶ Observa-se que, mesmo quando conseguem sair da relação violenta, a mulher, vítima da agressão ainda carrega consigo consequências dessa vitimização. As vítimas desenvolvem *stress* pós-traumático, fazendo com que, mesmo anos mais tarde da separação do agressor, um acontecimento sem importância possa fazê-la voltar ao passado e provocar lembranças de suas ansiedades. O trauma pode também se manter fechado em si mesmo, como também cultivar um sentimento de desvalorização de sua pessoa.⁶⁷

Com relação à sua sexualidade, muitas mulheres mantêm certa perturbação em relação ao jogo sexual, como também reações de repulsa e de rejeição. Muitas, e durante muito tempo depois da separação, recusam toda e qualquer relação mais íntima.⁶⁸ Devido ao processo de violência e de rebaixamento psicológico que a mulher, vítima da violência doméstica passou, ela perde toda a confiança em si mesma e acaba introjetando a imagem negativa que lhe deram e, quanto mais durar essa relação abusiva, mais duradoura será a impregnação da mensagem negativa e mais difícil sua superação.⁶⁹

⁶³ PORTO, op. cit., p. 18-9.

⁶⁴ OLIVEIRA, Maria de Fátima Cabral Barroso de. Vitimização: a mídia e a violência doméstica. In: SÁ, A. A. de.; SHECAIRA, S. S. (Org.) *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 52.

⁶⁵ HIRIGOYEN, Marie-France. *A violência no casal: da coação psicológica à agressão física*. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. p. 173.

⁶⁶ Ibidem, p.173.

⁶⁷ Ibidem, p.174.

⁶⁸ Ibidem, p.174.

⁶⁹ Ibidem, p.174.

Por meio do processo de submissão, um círculo vicioso se instala: quanto mais freqüentes e mais graves os maus-tratos, menos a mulher tem meios psicológicos de se defender e, mais ainda, salvar-se.

As conseqüências da violência sobre a saúde mental são agravadas por tudo o que alimenta o sentimento de culpa, de vergonha e de isolamento. Portanto, ao se aceitar alguém para um tratamento psicoterapêutico, será preciso atenção para não se reforçar essa culpa, 'supervalorizando' as pessoas.⁷⁰

O direito das mulheres a uma vida livre de violência é um enunciado urgente. Não se refere a um tratamento de exceção que afirma a sua natural vulnerabilidade. Em sua formulação tratou-se, apropriadamente, de revelar, e como consequência, corrigir a falta de proteção de exceção, que jurídica e institucionalmente, vem tendo os direitos humanos das mulheres.⁷¹ Em sua conceituação, ratificam-se direitos humanos de aplicação universal e se reconhecem como violações a esses um conjunto de atos lesivos que, até então, não tinham sido apreciados como tais. É um direito que repõe o princípio de igualdade, fazendo com que tudo o que seja violento, prejudicial e danoso para as mulheres, seja considerado como ofensivo para a humanidade.⁷²

No caso específico da violência contra a mulher e da violência doméstica, há uma explicação suplementar para a sua grande ocorrência no Brasil. Ela não está ligada somente à lógica da pobreza, ou da desigualdade social e cultural. A violência doméstica contra a mulher está ligada diretamente ao preconceito, à discriminação, e ao abuso de poder, que possui o agressor, com relação à sua vítima. A mulher, em razão de suas peculiaridades, compleição física, idade, e dependência econômica, está numa situação de vulnerabilidade, na relação social.⁷³

Devido à relação de poder e dominação, existente no relacionamento afetivo, geralmente o agressor detém, em relação à mulher que ele agride, a força física e o poder econômico, passando a manipulá-la, violá-la e agredi-la psicologicamente, moralmente e também fisicamente.

5.1 A questão do "gênero" com relação a vitimização da mulher

Ponto central do assunto aqui abordado é a compreensão que se dá, atualmente, ao termo sexo. Observa-se que, toda a vez que tal termo é usado, pensa-se nas diferenças físicas entre o homem e a mulher. Questiona-se se, atualmente, as diferenças entre os homens e as mulheres se restringem, de fato, somente ao aspecto biológico:

Será que essas diferenças não são também resultado da forma de socialização (e de controle social) e não mudam em função do período histórico? Segundo uma famosa frase da escritora francesa Simone de Beauvoir, não se nasce mulher, torna-se mulher. As identidades 'sexo' são construídas socialmente e podem ser modificadas.⁷⁴

Foi por tal razão que as feministas propuseram o emprego do termo "gênero" (que em inglês é *gender*), ao invés do uso do termo "sexo" (que em inglês é *sex*). O emprego desse termo permite que se fale de homens e mulheres, fora do determinismo biológico, o que é muito

⁷⁰ Ibidem, p. 174-5.

⁷¹ GIULIA, Tamayo Leon. *Questão de vida: balanço regional e desafios sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência*. São Paulo, Cladem, 2000. p. 26-7.

⁷² Ibidem, p. 26-7.

⁷³ Ibidem, p. 34-5.

⁷⁴ SABADELL, op. cit., p. 234.

importante, pois grande parte das diferenças, entre os sexos, não são devidas a aspectos biológicos, mas são consequência da construção social da realidade.⁷⁵

Assim, atualmente, quando ainda se fala em mulheres como o suposto “sexo frágil”, pergunta-se tratar-se de um sexo biologicamente frágil ou se a suposta “fragilidade” do sexo feminino é o resultado de uma construção social, que é passível de mudança, ao longo do tempo. Observa-se que, contemporaneamente, as mulheres exercem profissões que até há pouco tempo eram consideradas tipicamente masculinas, sendo também responsáveis pelo sustento de suas famílias.⁷⁶ Dessa forma, o uso do termo gênero permite que se analise as identidades feminina e masculina sem, no entanto, reduzi-las ao plano biológico, indicando que essas identidades estão sujeitas a variações que são determinadas pelos valores dominantes em cada período histórico.

Nesse contexto, faz-se necessário definir e diferenciar as expressões *violência de gênero* e *violência doméstica*. Observa-se que, embora a violência de gênero, a violência doméstica e a violência entre as mulheres estejam vinculadas entre si, são conceituadas de formas diferentes, principalmente no que diz respeito ao seu âmbito de atuação.

A violência de gênero se apresenta como uma forma mais extensa e se generalizou como uma expressão utilizada para fazer referência aos diversos atos praticados contra mulheres. Ou seja, como forma de submetê-las a sofrimento físico, sexual e psicológico, incluídas aí as diversas maneiras de ameaças, não só no âmbito intrafamiliar, mas também abrangendo a sua participação social em geral, com ênfase para as suas relações de trabalho. Essa violência, caracteriza-se, principalmente, pela imposição ou pretensão de imposição de uma subordinação e controle de gênero masculino sobre o feminino. A violência de gênero se apresenta, assim, como um “gênero”, do qual as demais são espécies.⁷⁷

Não muito tempo atrás, era consenso social que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”. O que acontecia dentro da unidade domiciliar não dizia respeito nem à polícia, à justiça, à vizinhança, à comunidade, à sociedade ou mesmo ao resto da família. Todavia, se esses atos fossem repetidos no espaço público, com certeza causariam horror nos transeuntes, com a pronta intervenção policial. Mas, até há pouco tempo, tais atos eram considerados assuntos de “esfera privada”.⁷⁸

Entende-se, assim, porque, quando há referência a estudos sobre a posição das mulheres, no direito ou na sociedade, ocorre a divisão entre a esfera pública e a esfera privada. Argumenta-se que, há décadas, a divisão entre espaço público e privado foi construída com base em uma distinção hierárquica, entre os gêneros masculino e feminino.⁷⁹

O espaço de atuação da mulher sempre foi prioritariamente o privado. Basta recordar que o movimento feminino da segunda metade do século XIX na Europa reivindicava a igualdade jurídica, econômica e política entre os gêneros, exigindo que a mulher ‘saísse de casa’ e se liberasse da tutela do homem (pai, irmão, marido). Naquele momento, o direito exercia uma espécie de tutela que colocava as mulheres em posição subalterna. As mulheres eram excluídas da vida política e do exercício de uma série de profissões (sobretudo as de caráter

⁷⁵ Ibidem, p. 234.

⁷⁶ Ibidem, p. 234.

⁷⁷ SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 35.

⁷⁸ SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 26-7.

⁷⁹ SABADELL, op. cit., p. 234-5.

liberal), possuíam acesso muito limitado à instrução, sofriam restrições ao direito de administrar o seu próprio patrimônio e, no âmbito do casamento, eram tidas como uma espécie de acessório do homem. Tudo isso confinava a mulher ao espaço privado.⁸⁰

O homem sempre teve como seu espaço o *público*, e a mulher foi confinada ao espaço *privado*, qual seja, nos limites da família e do lar, ensejando assim a formação de dois mundos: um de dominação, produtor - (mundo externo) e o outro, o mundo de submissão e reprodutor (interno). Dessa forma, ambos os universos, público e privado, criam pólos de dominação e de submissão. E, em relação a essas diferenças, foram associados papéis ditos como ideais a cada gênero: ele, o homem, como provedor da família; e a mulher como cuidadora do lar, cada um desempenhando sua função.⁸¹

Padrões de comportamento assim instituídos de modo tão distinto levam à geração de um verdadeiro código de honra. A sociedade outorga ao macho um papel paternalista, exigindo uma postura de submissão da fêmea. As mulheres acabam recebendo uma educação diferenciada, pois necessitam ser mais controladas, mais limitadas em suas aspirações e desejos. Por isso o tabu da virgindade, a restrição em suas aspirações ao exercício da sexualidade e a sacralização da maternidade.⁸²

Historicamente, relata-se que somente nos finais do século XIX, e no início do século XX, ocorreram algumas mudanças que permitiram certa inclusão, mesmo que muito limitada, da mulher na esfera pública. Tal mudança ocorreu sem que houvesse contestação do poder masculino e da predominância dos homens tanto no espaço público como também no espaço privado.⁸³

5.2 Violência doméstica contra a mulher como consequência da sociedade patriarcal

Com apoio da mais consistente literatura crítica sobre o estudo da violência, é necessário reconhecer que vivemos numa sociedade que possui valores patriarcais, na qual os homens usam a violência para controlar as mulheres e submetê-las à sua dominação.⁸⁴

A violência doméstica é socialmente definida como sendo a que acontece dentro da família, nas relações entre membros da comunidade familiar, formada por vínculos de parentesco natural, como pai, mãe e filhos; ou parentesco civil, como marido, sogra, padrasto, dentre outros; e o parentesco por afinidade como é o que ocorre entre primos, tio ou marido.⁸⁵ Essa violência é considerada como sendo aquela agressão que ocorre entre membros de uma mesma família, ou que partilham do mesmo espaço de habitação. Tal circunstância faz com que seja um

⁸⁰ Ibidem, p. 235.

⁸¹ DIAS, op. cit., p. 17.

⁸² Ibidem, p. 17.

⁸³ SABADELL, op. cit., p. 235. Ocorre que a divisão entre as esferas “pública e privada” trouxe dois problemas: Como *primeiro problema*, argumenta-se no sentido da exclusão da mulher da esfera pública, apesar dos grandes progressos que ocorreram nas últimas décadas, através da inclusão da mulher no mundo das atividades públicas, políticas e econômicas. *Segundo problema*: o espaço privado é apresentado como sendo o lugar onde o homem exerce sua liberdade, sem que o Estado possa violar a sua *privacidade*, mas, é justamente nesse espaço, no privado, onde as mulheres, como também as crianças, são submetidas, de forma sistemática, a discriminações e a toda espécie de violência, sendo que essas permanecem “invisíveis” para a comunidade.

⁸⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 117.

⁸⁵ CAVALCANTI, op. cit., p. 48.

problema muito complexo, pois entra na intimidade das famílias, e das pessoas, agravada pelo fato de não ter, geralmente, testemunhas e é exercida em espaços privados. Observa-se que:

O mito de 'família idealizada' leva-nos a pensá-la como o lugar dos afetos e da harmonia. Esta idealização constitui um comportamento relativamente raro; que ocorre apenas em famílias ditas anormais ou das classes com fracos recursos socio-econômicos; que é praticada por indivíduos com perturbações psíquicas e de que se trata de um problema eminentemente privado, entre outros é, em parte, responsável por negligenciarmos a gravidade da violência doméstica considerando-a, muitas vezes, como um componente necessário à educação dos filhos, ao relacionamento conjugal e a certas interações familiares.⁸⁶

Observa-se que não é possível tratar da mesma maneira um delito que é praticado por um estranho e o mesmo delito praticado por alguém de convivência muito próxima, como é o caso dos maridos, companheiros ou namorados. A violência praticada por estranhos, em poucos casos voltará a acontecer. Já naquela que é praticada por pessoa próxima, a violência tende a se repetir, podendo acabar em agressões de maior gravidade, como é o caso dos homicídios das mulheres, que foram inúmeras vezes ameaçadas, ou espancadas, antes de morrer.⁸⁷

Antes da aprovação de qualquer instituto legal para a prevenção e punição desses crimes, que ocorrem no ambiente doméstico e familiar, ou seja, no "espaço privado", a realidade que se apresentava à vítima desses crimes era, no máximo, de provocarem comentários irônicos ou até a curiosidade mórbida da vizinhança. O clima e os personagens até contribuíam para manter o pacto de silêncio que protege vítimas e agressores de qualquer intervenção externa, ajudando inclusive a perpetuar relações violentas e abusivas.⁸⁸

Não havia a preocupação no sentido de que a violência doméstica não era assunto público, não podendo ser visto como tabu, pois, em assunto privado, "não se mete a colher". Por isso não se considerava que estava ocorrendo profundo desrespeito aos direitos humanos fundamentais da mulher agredida, pela violação de sua integridade física e psicológica.. O que, felizmente, há algum tempo, deixou de ser um assunto de ordem privada, passando a ser um problema social e, inclusive, considerado um problema com reflexos na saúde pública.

No âmbito das relações privadas, a violência contra a mulher é um aspecto central da cultura patriarcal. A violência doméstica é uma forma de violência física e/ou psíquica, exercida pelos homens contra as mulheres no âmbito das relações de intimidade e manifestando um poder de posse de caráter patriarcal. Podemos pensar na violência doméstica como uma espécie de castigo que objetiva condicionar o comportamento das mulheres e demonstrar que não possuem o domínio de suas próprias vidas.⁸⁹

Sob essas condições, observa-se que, na esfera privada, nunca existiram garantias jurídicas em relação à integridade física e psíquica da mulher, como também ao livre exercício da sua sexualidade. A mulher, quando segue a pauta de comportamento da sociedade patriarcal, é tratada como a *rainha do lar*, mas, quando não obedece às referidas *pautas patriarcais*, entram em cena os chamados *mecanismos de correção*: que são os insultos, espancamentos, estupros e homicídios.⁹⁰

⁸⁶ Ibidem, p. 48.

⁸⁷ Ibidem, p. 49.

⁸⁸ SOARES, op. cit., p. 27.

⁸⁹ SABADELL, op. cit., p. 235-6.

⁹⁰ Ibidem, p. 236.

[...] determinados problemas até pouco definidos como privados, como a violência sexual do lar (doméstica) e no trabalho se converteram, mediante campanhas mobilizadas pelas mulheres, em problemas públicos e alguns deles se converteram e estão se convertendo em problemas penais (crimes), mediante forte demanda (neo)criminalizadora.⁹¹

Nesse sentido, Dias lembra que todas as mulheres sonham com a felicidade, sonho que a mulher deposita no casamento, em ser a *rainha do lar*, ter uma casa para cuidar, seus filhos para criar e um marido para amar:⁹²

Não há casamento em que as casadoiras não suspirem pelo buquê da noiva. Ao depois, venderam para a mulher a idéia de que ela é frágil e necessita de proteção e delegaram ao homem o papel de protetor, de provedor. Daí à dominação, do sentimento de superioridade à agressão, é um passo.⁹³

A história da violência contra a mulher no ambiente familiar começa na infância, pois a menina aprende que se trata de um ato de correção, acostumando-se a aceitar a violência como algo que simplesmente faz parte das relações familiares. Assim, é muito difícil conseguir identificar como violência aquilo que socialmente não é reconhecido como tal.⁹⁴

Ninguém duvida que a violência sofrida pela mulher não é exclusivamente de responsabilidade do agressor. A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder e que leva a uma relação dominante e dominado. Essas posturas acabam sendo referendadas pelo Estado. Daí o absoluto descaso de que sempre foi alvo a violência doméstica.⁹⁵

Assim, a violência entre cônjuges, ou companheiros, constitui uma das fases da violência familiar que está relacionada com os valores do mundo patriarcal. Muitas vezes, a mulher fica numa posição de bode expiatório, pois sobre seu corpo se canaliza grande parte da violência que é produzida numa sociedade marcada pela cultura patriarcal, como também por um modelo que é caracterizado pela competitividade, como também pelo aumento da agressividade.⁹⁶

O problema não é a postura de certos homens, mas uma cultura que influencia toda a sociedade. Trata-se do *patriarcado* que consiste em uma forma de relacionamento, de comunicação entre os gêneros, caracterizada pela dominação do gênero feminino pelo masculino.⁹⁷

⁹¹ ANDRADE, op. cit., p.83.

⁹² DIAS, op. cit., p. 15.

⁹³ Ibidem, p. 15.

⁹⁴ SABADELL, op. cit., p. 236.

⁹⁵ DIAS, op. cit., p. 15-6.

⁹⁶ SABADELL, op. cit., p. 236.

⁹⁷ Ibidem, p. 264. O patriarcado indica o predomínio de valores masculinos, fundamentados em relações de poder. O poder se exerce através de complexos mecanismos de controle social que oprimem e marginalizam as mulheres. A dominação do gênero feminino pelo masculino costuma ser marcada (e garantida) pela violência física e/ou psíquica em uma situação na qual as mulheres (e as crianças) encontram-se na posição mais fraca, sendo desprovidas de meios e reação efetivos.

E, apesar de todos os avanços, da equiparação entre o homem e a mulher, feita pela Constituição Federal de 1988, a ideologia patriarcal ainda subsiste a todas essas conquistas. A desigualdade sociocultural é uma das razões da discriminação feminina e, principalmente, de sua dominação pelos homens, que se consideram como sendo seres superiores e mais fortes. Eles passam a considerar o corpo da mulher, e também sua vontade, como sendo sua propriedade.⁹⁸

O preconceito e a discriminação estão evidentes nos fatos socioeconômicos que indicam que as mulheres, principalmente as negras, são discriminadas no mercado de trabalho. Elas não conseguem empregos, ou ocupam cargos secundários, apesar de serem qualificadas; também, são discriminadas quando recebem salários inferiores, apesar de ocuparem os mesmos cargos que os homens, ou os das mulheres brancas.⁹⁹

Não há dúvida que a sociedade protege, assim como a discriminação, a agressividade masculina, construindo a imagem de superioridade do sexo masculino, que é respeitado por sua virilidade.

No caso da violência contra a mulher, tal hipossuficiência decorre de todo este desenvolvimento histórico, antes resumido, que a colocou em uma posição submissa frente ao homem, encarada como o 'sexo frágil', detentora de menos responsabilidades e importância social. O homem, desde a infância, foi sendo preparado para atitudes hostis, para arrostar perigos e desafios, mesmo com o uso da violência. As próprias atividades lúdicas normalmente incitadas à infância masculina são relacionadas ao uso da força, das armas, do engenho, ao passo que a mulher, pelo contrário, foi historicamente preparada para a subserviência e a passividade.¹⁰⁰

Sócio e historicamente, considera-se que afetividade e sensibilidade não são expressões da masculinidade, pois desde criança o homem é educado para ser "o forte", não chorar, não levar "desaforo pra casa", ou seja, não ser "mulherzinha". Ele é educado para ser o superhomem e não apenas humano. Justamente, essa equivocada consciência masculina de poder é que lhes assegura o suposto direito de fazer uso da força física e de sua superioridade corporal sobre a mulher e os demais membros de sua família.¹⁰¹

Ainda que se esteja falando em violência contra a mulher, há um dado que parece de todos esquecido: a violência doméstica é o germe da violência que está assustando a todos. Quem vivencia a violência, muitas vezes, até antes de nascer, e durante toda a infância, só pode achar natural o uso da força. Também a impotência da vítima, que não consegue ver o agressor punido, gera nos filhos a consciência de que a violência é algo natural.¹⁰²

O comportamento do agressor tem como matriz a própria estrutura social, que ensina o homem a discriminar a mulher. Por mais que se tente dizer que se trata de desvios psicológicos, a origem da violência doméstica é estrutural, está no próprio sistema social, que influi no sentido de estabelecer que o homem é superior à mulher, e que essa deve adotar uma postura de submissão e respeito, para com o homem-agressor.¹⁰³

⁹⁸ DIAS, op. cit., p. 16.

⁹⁹ CAVALCANTI, op. cit., p. 31.

¹⁰⁰ PORTO, op. cit., p. 18.

¹⁰¹ Ibidem, p. 16.

¹⁰² DIAS, op. cit., p. 16.

¹⁰³ CAVALCANTI, op. cit., p. 54-5.

Na prática, a violência familiar, e em relações conjugais, foi o aspecto ao qual as referidas organizações acabaram outorgando maior peso, passando elas a terem, com relação a esse assunto, maior dedicação. Tal ocorre devido a seu caráter muito amplo e, principalmente, à influência e à participação das mulheres. Então, com relação à “violência na família”, conseguiu-se criar uma preocupação pública, fazendo com que ocorresse a atenção de múltiplos agentes sociais, políticos e jurídicos, trazendo, com relação a esse assunto, diversos discursos, como também diversas propostas.¹⁰⁴ E, nas palavras de Selma Aragão:

É um grande avanço: a mulher hoje pode planejar seu futuro sem estar sujeita a pressões que estejam além de sua vontade soberana. Ela se recusa a ser uma invenção do homem, uma boneca, e se propõe uma autocriação de si mesma. Durante toda sua história, na frase lapidar de Sartre, ela foi ‘metade vítima, metade cúmplice, como todo mundo.’¹⁰⁵

6 A VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA O IDOSO E SUA VITIMIZAÇÃO

Embora estejamos presenciando o envelhecimento da população, e a conseqüente reversão da pirâmide mundial, são alarmantes as estatísticas que mostram a realidade de violência contra o idoso, em especial a doméstica e familiar, como se verá.¹⁰⁶

Em qualquer pesquisa feita sobre a violência contra o idoso, a constatação a que se chega é de que, além das omissões do Estado, são pessoas de sua família os responsáveis pela maioria das agressões, e a violência ocorre mesmo dentro de suas casas. Nesse sentido, é a realidade de São Paulo, em que pesquisa recente demonstra que grande parte dos casos de violência, e maus-tratos contra idosos, é cometida por pessoas próximas à vítima : o vizinho, o amigo e, principalmente, os seus familiares.¹⁰⁷ Nessa direção:

Em reportagem no Jornal *O Estado de S. Paulo*, datada de 14.05.99, nos deparamos com a violência sofrida contra os idosos: ‘Em uma sexta-feira, Alice – nome fictício -, 84 anos, foi à Promotoria Especial de Proteção aos Idosos para reivindicar o direito de dormir na sala de sua casa. A discussão desenrolou-se com o seu filho e nora, que há três anos foram morar em sua companhia. Nos 40 minutos de audiência, o grande empecilho para um acordo era o piano. Caso Alice passasse a dormir na sala, dizia o filho, não haveria local para por (sic) o instrumento musical. Ao fim, o acordo foi feito. Alice conseguiu, diante do promotor, uma solução para um problema que já lhe havia rendido agressões físicas e verbais. ‘Amamenteei meu filho durante dois anos, sempre fui dedicada’, dizia Alice, antes da audiência. ‘Depois que ele se casou, ajudei a tomar conta dos netos.’ Porém, logo depois que o filho foi morar com ela, e relação mudou. ‘Tornei-me uma prisioneira em minha própria casa, tenho de cozinhar em uma edícula, não posso receber amigos e sempre fui chamada de velha e inútil.’¹⁰⁸

¹⁰⁴ SOARES, op. cit., p. 66.

¹⁰⁵ ARAGÃO, Selma. A vitimização da mulher. In: LEAL, C. B.; PIEDADE JÚNIOR, H. (Org.) *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 247.

¹⁰⁶ AMAR, Ayush Morad. *Criminologia*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1987. p. 264-5. Observa-se, no presente, que os índices colocados sobre a violência cometida contra o idoso são com base em dados oficiais. Não se desconsidera que muitos casos deste tipo de violência são desconhecidos das autoridades policiais e judiciais, pois são consideradas “cifras negras”, não são denunciadas pelas vítimas, ou seja, pela conclusão de que a referida violência é até bem maior que os índices oficiais comprovam.

¹⁰⁷ SERASA. Guia Serasa de orientação ao cidadão, op. cit., sem página.

¹⁰⁸ MORENO, Denise Gasparini. *O Estatuto do idoso: o idoso e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 24-5.

A violência contra o idoso pode acontecer de várias formas, desde a psicológica, que se manifesta através da negligência e pelo descaso, até as agressões físicas. São comuns os casos de filhos que batem nos pais, tomam seu dinheiro, dopam-nos, deixam-nos passar fome, ou não dão os remédios na hora marcada, no chamado abandono material.

Estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), com base nas ocorrências registradas pela Delegacia de Proteção ao Idoso de São Paulo, em 2000, mostra que 39,6% dos agressores eram filhos das vítimas; 20,3%, seus vizinhos e 9,3%, outros familiares. As ocorrências registradas com maior frequência foram ameaças (26,93%), seguidas de lesão corporal (12,5%) e de calúnia e difamação (10,84%). O estudo mostrou, também, que parte das ocorrências é retirada pelos idosos dias após a denúncia. Nos registros, os idosos argumentam que precisam viver com a família, têm de voltar para casa, e a manutenção da queixa atrapalharia a convivência.¹⁰⁹

No Rio de Janeiro e em outros locais, relatos e índices sobre violência contra idosos caminham no mesmo sentido, consoante relato do Núcleo de Informação ao Idoso do Governo Federal, que demonstra um panorama de desolação, necessário de ser modificado. O Rio de Janeiro é o Estado brasileiro onde morrem mais idosos vítimas de violência, conforme pesquisa do Centro Latino-Americano de Estudos sobre Violência e Saúde (Claves), pertencente à Escola Nacional de Saúde Pública, da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).¹¹⁰

Estima-se que, num grupo de 100 mil habitantes com mais de 60 anos, 249,5 morrem por homicídios, atropelamentos, tombos dentro de casa, entre outros; e que 32% das mortes registradas de idosos são em decorrência de violência. A primeira causa é o acidente no transporte, seguida de espancamento e agressão, e de atropelamento. O Hospital de Jabaquara atende a uma média de 32 mil pessoas por mês – 600 apanharam em casa, a maioria formada de velhos e crianças.¹¹¹

Já em Belo Horizonte, na Delegacia Especializada de Proteção, investigando-se 1.388 casos, registrados nos Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCO), concluiu-se o que as pesquisas em âmbito nacional e internacional têm relatado que a vítima idosa concentra-se em maior número no sexo feminino.¹¹²

Nesse estudo, a análise principal é no sentido de se saber qual a influência do fator vitimização como elemento motivador das denúncias na Delegacia Especializada de Proteção ao Idoso (DEPI/MG). Nessa direção, após analisar os relatos contidos nos 1.388 Termos Circunstanciados de Ocorrência registrados naquele local, notou-se que o maior índice de violência contra o idoso, em Belo Horizonte, é causado pelos filhos (média 45,3%), seguido pelo(a) cônjuge/companheiro(a) (média 15,4%) e pelos vizinhos (média 12,2%).¹¹³

A violência, na sua forma doméstica e familiar, consideradas essas como as mais preocupantes, já que as ocorrências de violência contra os idosos, na grande maioria, são

¹⁰⁹ SERASA, op. cit., sem página.

¹¹⁰ NÚCLEO de informação ao idoso do MS. Velhos sofrem violência em casa e nas ruas. Disponível em: <<http://www.idoso.ms.gov.br/artigo.asp?id=50>>. Acesso em: 14 de set. de 2004.

¹¹¹ Ibidem, sem página.

¹¹² COSTA, L.; CHAVES, P.G.S. A vivência afetiva e a violência doméstica contra os idosos.

Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/senasp/biblioteca/artigos/artigo.doc>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

¹¹³ Ibidem, sem página.

relacionadas aos familiares e às pessoas próximas é, por conseguinte, a mais difícil de ser controlada, pois se relaciona a vínculos afetivos e de convivência diária.¹¹⁴

De acordo com os relatos contidos nos Termos Circunstanciados de Ocorrência da Delegacia Especial de Proteção ao Idoso/MG, as ameaças contra os idosos, nas regiões mais pobres de Belo Horizonte, estão relacionadas ao abuso sexual; ao pagamento de aluguel - no caso dos vizinhos; ao alcoolismo, dos filhos e/ou cônjuges; e às drogas.¹¹⁵ Nos bairros localizados nas regiões Centro-Sul e Pampulha, com melhores condições econômicas, os Termos Circunstanciados de Ocorrência registram ameaças contra os idosos que partem de seus próprios filhos, motivadas, em regra, pela condição socioeconômica do cidadão, na maioria.¹¹⁶

Nesse contexto, pode-se constatar que indivíduos com 60 ou mais anos de idade, predominantemente, vivem sozinhos, talvez pelo estado civil (solteiros ou viúvos) ou mesmo por uma tendência ao isolamento social, dessa camada da população. Constatou-se, porém, que em Belo Horizonte, em 69,63% dos casos registrados na DEPI/MG, o autor e a vítima moram no mesmo domicílio.¹¹⁷

Outra pesquisa recente, realizada em São Paulo, confirma que a grande parte dos casos de violência e maus-tratos, contra idosos é cometida por pessoas próximas a eles – o vizinho, o amigo e, principalmente, os seus familiares.¹¹⁸ Observa-se, também, que a violência contra o idoso, muitas vezes, é causada por disputas quanto ao seu patrimônio. Seu dinheiro é motivo para que ele seja maltratado pelos filhos e familiares, aqueles que deveriam ser responsáveis por ele e estar zelando pelo seu bem-estar, ou seja, a violência doméstica também é patrimonial.

De modo similar, outros relatos traduzem essa mesma realidade, no sentido de que são, justamente, os bens patrimoniais do idoso um dos maiores motivos para que ocorra violência, principalmente a familiar, pela disputa da posse desses bens. É o que revela uma pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), que analisou cerca de 1.500 boletins de ocorrência (Bos), registrados entre 1991 e 1998, na Delegacia de Polícia de Proteção ao Idoso.¹¹⁹ Esse estudo demonstrou que 40% das queixas registradas por essas vítimas são contra seus filhos, netos ou seus cônjuges e outros 7%, contra demais parentes. Muitas vezes, a violência é motivada pela disputa pela posse de bens do idoso ou pelas dificuldades da família em arcar com a sua manutenção. Cerca de 13% das agressões envolvem violência física.¹²⁰

Há também muitas denúncias sobre parentes que vão morar com o idoso e se apropriam progressivamente do espaço, ameaçando, às vezes, até expulsar o proprietário da casa. Os casos atendidos pelo Grupo de Atuação Especial de Proteção ao Idoso (Gaepi), do Ministério Público de São Paulo, confirmam o estudo. Orientado em um primeiro momento para fiscalizar casas de repouso, o grupo vem progressivamente tratando do problema da violência doméstica. O procurador João Estevão da Silva, responsável pelo grupo, diz que, entre 1994 e 1997, fechou 48 casas de repouso, na capital paulista.¹²¹

¹¹⁴ Ibidem, sem página.

¹¹⁵ COSTA, L.; CHAVES, P.G.S. A vivência afetiva e a violência doméstica contra os idosos, op. cit., sem página.

¹¹⁶ Ibidem, sem página.

¹¹⁷ Ibidem, sem página.

¹¹⁸ SERASA. Guia Serasa de orientação ao cidadão, op. cit., sem página.

¹¹⁹ A NOTÍCIA. Disputa por bens gera violência ao idoso. Pesquisa revela que 40% das queixas registradas em DP são contra filhos, netos ou seus cônjuges. Disponível em: < <http://an.uol.com.br/2000/set/12/0pai.htm> > Acesso em: 08 fev. 2006.

¹²⁰ Ibidem, sem página.

¹²¹ Ibidem, sem página.

No mesmo sentido, o relato da violência física e psíquica, geralmente, é decorrência da tentativa de forçar o idoso a transferir bens, ou seja, a inventariar suas posses em vida. O abandono também é outra violência frequentemente motivada por razões financeiras, sendo muitos, simplesmente, deixados em hospitais e asilos.¹²²

Observa-se, através de relatos que, enquanto no Nordeste os familiares disputam para viver com o idoso, que tem aposentadoria, em São Paulo, quanto maior a renda do idoso, mais pressa tem a família em colocá-lo em um asilo, para dispor de seus bens.¹²³

Também como forma de comprovar a afirmação de que a violência contra o idoso é motivada, e muito, pela disputa de seu patrimônio, os índices são indubitáveis:

Idoso

Quadro revelado

- 1.500 queixas analisadas entre 1991 e 1998: 40% delas contra filhos, netos ou seus cônjuges e outros 7% contra outros parentes.
- a violência é motivada por disputa pela posse de bens do idoso ou pelas dificuldades da família em arcar com a sua manutenção.
- Cerca de 13% das agressões envolvem violência física.
- parentes que vão morar com o idoso se apropriam progressivamente do espaço, ameaçando às vezes até expulsar o proprietário da casa
- Abandono é frequente e motivado por razões financeiras.
- 60% das investigações do Gaepi se referem à violência física e psíquica, geralmente decorrentes da tentativa de forçar o idoso a transferir bens, de 'inventariar' suas posses em vida.¹²⁴

Com frequência, a violência doméstica e familiar acontece quando o idoso está aposentado, ou não consegue nova colocação no mercado de trabalho, conforme aponta Moreno:

O problema da violência contra o idoso começa, exatamente, com a falta de trabalho. O respeito ao idoso faz parte da história da humanidade, mas isso começou a ser alterado com o capitalismo moderno, que contribuiu, de modo significativo, para destruir essa tradição.

Entre o idoso e o trabalhador jovem e sadio, optou a sociedade atual por este último, considerando-o mais importante para a produção, e, com isso, substituindo-se o respeito que, até então, havia pelos idosos por um preconceito contra os que não produziam ou produziam pouco.

O idoso busca uma nova colocação no mercado de trabalho, porém, se depara com a famosa discriminação e, com isso, vê-se obrigado a se contentar com as míseras pensões pagas pela previdência social.¹²⁵

Ainda que no Brasil vem aumentando o número de idosos que sustentam seus filhos, netos e até bisnetos, na maioria das vezes, sem conseguir um emprego ou uma nova colocação no mercado de trabalho, ficam obrigados a permanecer em casa, recebendo pensão irrisória, trazendo a responsabilidade pelo seu sustento à sua família.¹²⁶ É nesse contexto que começam os

¹²² A NOTÍCIA. Abandono em hospitais e asilos é frequente. Disponível em: <<http://an.uol.com.br/2000/set/12/0pai.htm>> Acesso em: 08 fev. 2006.

¹²³ Ibidem, sem página.

¹²⁴ Ibidem, sem página.

¹²⁵ MORENO, op. cit., p. 21.

¹²⁶ Ibidem, p. 21.

episódios de violência, dentro de sua própria casa, pois algum dos parentes desse idoso se vê na situação de ter de abandonar o emprego para cuidar dele e, conseqüentemente, acaba havendo uma redução na renda e gerando conflitos entre os próprios familiares.¹²⁷

A realidade da violência contra o idoso, já explicitada por outros autores¹²⁸, começa justamente na falta de trabalho. Ainda que a situação de desrespeito com relação a ele seja encontrada em várias fases da história da humanidade, é o capitalismo moderno que contribuiu, de modo significativo, para o agravamento desse tratamento:

[...] o problema é que a sociedade passou a ser aferida em função de sua produção e, por isso, quem produz muito é respeitado e, quem pouco produz, é ignorado. Entre o idoso, quase que despojado da potencialidade de produzir (ou, pelo menos, tendo-a bastante reduzida) e o trabalhador jovem e sadio, ainda com muita força para o trabalho, a sociedade optou em eleger este último como sendo o mais importante para a produção e o respeito que, até então se tinha pelos idosos, começou a ser substituído por um preconceito, visto que para a maioria das pessoas, eles nada produzem ou produzem muito pouco.¹²⁹

Não são poucos os relatos de maus-tratos familiares com relação aos idosos, retratando o descaso e a negligência familiar, consoante a informação trazida pela Associação Médica do Rio Grande do Sul (AMRIGS).¹³⁰ Essa Associação relata casos em que o idoso, geralmente portador de doença grave ou de demência, é tratado com negligência e descaso por familiares, cônjuges ou companheiros. Em alguns casos, fica evidente que o interesse no idoso é somente patrimonial, não havendo interesse na melhora, na sua saúde, mas somente nos bens que serão divididos com relação à herança, ou enquanto ele ainda viver, como no seguinte exemplo concreto:

Paciente de 72 anos, masculino, portador de demência leve de Alzheimer, consultou no ambulatório de Neuropsiquiatria Geriátrica do Serviço de Geriatria do Hospital São Lucas, da PUCRS, acompanhado por sua companheira. Casados há 20 anos, a companheira sempre foi a responsável por seus cuidados. Durante a consulta, a esposa-cuidadora queixou-se de cansaço dos cuidados oferecidos a ele, de sustentá-lo financeiramente e de ser agredida verbalmente. Além disso, solicitou um documento que comprovasse a impossibilidade do paciente de gerenciar suas finanças, devido à demência. O paciente foi entrevistado separadamente e negou tudo isso, queixando-se de não estar recebendo auxílio para tomar seus medicamentos. A impressão foi de que a permanência da cuidadora ao lado do doente estivesse mais relacionada a mau uso do patrimônio dele do que de a um vínculo afetivo. Então, diante dessas questões de conflitos patrimoniais e, principalmente, pelos riscos à segurança desse paciente, foi decidido contactar os filhos do paciente. Foi identificado um deles, residente em outro estado, que parecia ser o mais indicado para cuidar do pai. A equipe médica, através de contato telefônico, informou a esse filho os riscos de seu pai continuar sendo cuidado pela companheira, sugerindo a ele, caso não houvesse condições de assumir os

¹²⁷ Ibidem, p. 21.

¹²⁸ Conforme as obras de João Ricardo Moderno, em *Ontoestética do idoso*. In: LEMOS, M. T.T.B.;

ZAGAGLIA, R.A. (Org.) *A arte de envelhecer: saúde, trabalho, afetividade*. Estatuto do Idoso. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2004. Como, também, de Orlando de Barros em *Os velhos e os velhacos*, na mesma obra, já citada, e de Carlos Fernando Agustini em *Humanismo, velhice e Direito*. In: MEZZARROBA, Orides. (Org.) *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003.

¹²⁹ BRAGA, Pérola Melissa. *Direitos do idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 59-60.

¹³⁰ RAMOS, A., M.; KAMIZONO, S.; FERNANDES, M. S. L.; XAVIER, F. Maus-tratos a idosos: relato de casos e comentários sobre as intervenções médicas. Disponível em: < <http://www.amrigs.com.br/revista/49-03/rc03texto.htm> >. Acesso em: 08. fev. 2006.

cuidados do pai, que contratasse outra pessoa para a execução dessa tarefa ou optasse pela institucionalização do mesmo. O filho decidiu assumir os cuidados, trazendo o pai para sua residência. Os médicos envolvidos nesse atendimento julgaram de fundamental importância a garantia da manutenção da segurança desse indivíduo e para isso tanto a sua institucionalização quanto a substituição de seu cuidador foram procedimentos considerados como adequados.¹³¹

As primeiras reações dos idosos, diante de tal violência, envolvem sentimentos de medo, vergonha e até mesmo culpa pelo fracasso das relações familiares, redundando na omissão do acontecimento pela vítima, e até mesmo a aceitação dessa como parte natural das relações entre a família.

As marcas da agressão contra as vítimas idosas não são apenas físicas, mas também de ordem psicológica, e, às vezes, até moral. Elas parecem revelar o sentimento de incapacidade em lidar com os filhos, os netos, o(a) companheiro(a), e em enfrentar o mundo que o cerca.

Também o abandono é uma das formas silenciosas de violência contra o idoso. É muito comum os filhos, dentre outros familiares, abandonarem seus pais e parentes próximos em asilos, ou em outras instituições que prestam atendimento a essas pessoas, e essa situação constitui uma das formas mais graves e chocantes de violência:

Causou espanto e tristeza o depoimento de Geraldo Kerche, 54 anos, dirigente do Lar Cristo Rei, estabelecimento mantido pela Sociedade São Vicente de Paulo de Belo Horizonte: 'Há família que desaparece tão logo nos entregou o seu velho. Some no mundo. Não dá presença nem no caso de morte. O pobre do idoso falecido não teria sequer um enterro cristão se não nos encarregássemos de providenciá-lo. Não tomam conhecimento de sua morte, não comparecem ao velório, nada. É como se o velho nunca tivesse existido'.¹³²

Não é difícil imaginar a infelicidade que sentem essas vítimas em estarem vivendo em um asilo, longe da família, do seu lar, de sua casa, dos seus pertences particulares, sem contar com o ressentimento que existe com relação àquele que o internou lá.¹³³ Também são comuns relatos de violência e negligência nessas casas asilares, por falta de preparo por parte dos cuidadores, que não são capacitados para estarem em tais funções, como também por não possuírem, tais entidades, a necessária estrutura para bem atenderem aos idosos.¹³⁴

Dentre essas situações, pode-se lembrar o que ocorreu, não faz muito tempo, no Asilo Santa Genoveva, no Rio de Janeiro. Era uma clínica especializada em tratamento médico e acolhimento asilar de idosos.

Em 30 de maio de 1996, o jornal *O Globo* publica a ocorrência de casos de intoxicação e mortes entre os idosos da Clínica Santa Genoveva, sendo esse o ponto de partida para a sucessão de notícias que o tema veio a provocar. Num primeiro momento, diz-se que a intoxicação foi provocada por alimentos contaminados, oferecidos numa festa do Dia das Mães, e trazidos pelos próprios parentes destes. A informação fornecida pelos próprios funcionários da casa foi de que dos quarenta pacientes com intoxicação, 29 deles morreram.¹³⁵

¹³¹ Ibidem, sem página.

¹³² MORENO, op. cit., p. 23.

¹³³ Ibidem, p. 23.

¹³⁴ CORTELLETTI, I.; CASARA, M.B ; HERÉDIA, V.B. (Org.). *Idoso asilado: Um estudo gerontológico*. Caxias do Sul, RS: EDUCS/EDIPUCRS, 2004.

¹³⁵ Ibidem, p. 120.

Argumentando que não se tratava de fatos isolados, mas que era questão de negligência, abandono e maus-tratos, também trouxe, o referido jornal, relato de próprios asilados sobre a situação de total negligência. Segundo uma asilada, de nome Benedita, os asilados passavam fome, não tinham atendimento médico, não havia comida, trazendo uma sensação de dúvida quanto à possibilidade de futuro para esses indivíduos.¹³⁶

A Clínica Santa Genoveva apareceu associada à violência, à pobreza, ao abandono, à falta de prioridade política, à omissão pública e familiar, que marcam ou indicam uma situação de tragédia, que constitui a velhice, principalmente, entre as classes populares. Foi um dos raros consensos na sociedade e no noticiário, pois as notícias foram complementadas, através de fotografias produzidas ao longo dos fatos, em que os idosos foram apresentados como sinônimo de fragilidade, deterioração e abandono, como um alerta para a sociedade.¹³⁷

Tornam-se comuns os casos de negligência e de maus-tratos em asilos, não somente por parte da família, que abandona o idoso lá, mas também por parte daqueles que deveriam cuidar dele, como enfermeiros, assistentes, cuidadores, configurando uma das manifestações da violência doméstica e familiar.

Ilucida-se essa questão com os seguintes dados sobre o quadro do envelhecimento populacional na Alemanha, relatados por Schirmacher:

Muitos avós vão partilhar entre si poucos netos. As crianças de 12 anos de hoje serão não só a faixa etária de maior expressão, a dos sexagenários, como também viverão em uma sociedade na qual os octogenários e mais velhos ainda representarão não mais os 4% de hoje (3,2 milhões), mas sim 12% da população (9,1 milhões). A metade do país terá mais de 48 anos e, segundo outros cálculos, até mesmo mais que 52 anos. Essa é uma sociedade que não tem quase nada mais a ver com a sociedade de hoje. Ela continuará tendo as mesmas auto-estradas e ferrovias, mas sua infra-estrutura psicológica – as relações entre as gerações – estará completamente transformada.¹³⁸

Não somente as pessoas estão envelhecendo, mas também os povos inteiros. Observa o referido autor que os habitantes da velha Europa estão vivenciando, nesse processo, um paradoxo peculiar, ou seja, o ataque de duas frentes, daquela que vive mais e daquela que tem menos filhos. Sociedade e cultura serão tão abaladas como depois de uma guerra silenciosa e a dinâmica dos povos será marcada pela morte e não mais pelo nascimento.¹³⁹

Essa proposta de mudança de mentalidade também é reflexo de que, com o aumento da população idosa deve ser obrigatória a mudança de nossos paradigmas, sem repetição de preconceitos e valores sem fundamento.

No tocante aos integrantes da terceira idade – e é significativo destacar que todos nós, um dia (espera-se), chegaremos lá o panorama nacional quanto à conscientização de suas personalidades e valores humanos, embora não chegue a ser desalentador, é pelo menos incipiente, sendo os idosos vítimas difusas, quase sempre indefesas, muitas vezes abandonadas. É crucial que a justiça e o equilíbrio social só encontrarão uma consonância plena no contexto da

¹³⁶ Ibidem, p. 124.

¹³⁷ Ibidem, p. 129.

¹³⁸ SCHIRRMACHER, Frank. *A revolução dos idosos: o que muda no mundo com o aumento da população mais velha*. Tradução de Maria do Carmo Ventura Wollny. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 8

¹³⁹ Ibidem, p. 6.

sociedade, quando os idosos passarem a ser reconhecidos e respeitados em seus direitos.¹⁴⁰

Num futuro próximo, várias gerações viverão simultaneamente, pois cada vez teremos mais “vovós” e menos “netos”; então, é necessária a mudança de paradigma, para que a pessoa idosa, por estar passando por um período muito especial em sua vida, seja respeitada e valorizada por toda a sociedade, e, principalmente, pelas gerações mais jovens. É importante, nesse contexto, conscientizarmo-nos de que o preparo do indivíduo, seja ele homem ou mulher, para enfrentar a nova etapa da vida, em que questões como a rejeição e o preconceito rondam diariamente seus lares, é vital para que ele possa desfrutar dignamente essa fase da vida.

7 CONCLUSÃO

Nosso trabalho mostra ser fundamental o estudo e a compreensão da *vitimologia*, enquanto um ramo da criminologia e, para a melhor compreensão do fenômeno da violência, em suas principais expressões. Sob essa perspectiva, procura-se, no presente, trazer dados e conceitos que proporcionem uma melhor compreensão da *vitimologia*, seus aspectos históricos, seus principais expoentes e fundamental importância de seu estudo da compreensão de causas e efeitos da violência, em nossa atualidade.

Sobre a violência propriamente dita, foi abordada como sendo um fenômeno de dominação e de aniquilação, que um ser humano tem sobre o outro. Ou seja, como uma manifestação de *poder e dominação*, ou ainda em uma relação desigual que se estabelece entre *dominantes e dominados*, na qual não há espaço para diálogo ou respeito.

Suas formas mais comuns de acontecimento estão na violência cometida contra as crianças, vítimas em potencial da violência doméstica, por sua condição de fragilidade e, principalmente de abandono. Mas a pior delas, também aqui abordada, é a violência sexual, que é cometida, na maioria das vezes, por seus familiares, tais como pai, padrasto, dentro outras pessoas que são de sua família, e que deveriam protegê-la.

Também abordou-se outra forma de violência, aquela cometida contra a mulher (e a sua vitimização), principalmente no ambiente doméstico. Violência, na maioria das vezes que é causada por seu marido, companheiro, namorado, ou seja, pessoas com as quais manteve vínculos de afeto e que tornaram-se seus agressores. Analisou-se as consequências psicológicas, dentre outras, que irão ocorrer na personalidade dessa mulher, que é vítima da violência doméstica.

Nosso estudo nos levou a observar que a violência doméstica, praticada contra a mulher é consequência de nossa sociedade patriarcal, na qual é, culturalmente, estabelecido ao homem o papel do *macho-provedor* e para a mulher o papel de *mulherzinha-frágil*, que precisa ser conduzida e protegida por esse homem. Daí, com essa concepção social, de patriarcado, para ocorrer a violência doméstica é apenas um passo.

Finalmente, abordamos a violência que é cometida contra os idosos. Estes, vítimas da violência doméstica, que tem como principais autores, seus próprios familiares. É lamentável, pois, pessoas que deveriam protegê-los, praticando atos de proteção ou compreensão da vida e condição frágil dos idosos, ao contrário, acabam sendo seus principais agressores. Da mesma

¹⁴⁰ MAYR, Eduardo. Vitimização da terceira idade (alguns aspectos vitimológicos). In: LEAL, C. B.; PIEDADE JÚNIOR, H. (Org.). *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 78.

forma, observa-se que o abandono e a negligência se configuram numa das piores faces da violência.

Observou-se também que, muitas vezes esta violência doméstica também é patrimonial. Os familiares “suportam” seus “velhos” pois ele ainda é provedor, mas não tem com ele relação de afeto ou proteção. Outros acabam sendo violentos com eles, negligenciando-os, pois seu único interesse é o patrimônio dos seus “velhos”.

Diante de todos os aspectos da vitimologia abordados, as principais vítimas da violência e suas nefastas consequências, é necessário uma mudança de mentalidade, no trato com nossas crianças, provando que denúncias e a proteção se fazem necessárias.

E, principalmente com relação à vitimização da mulher, cuja violência é doméstica. Enquanto a sociedade mantiver e cultivar concepções e valores tais como que o homem é superior à mulher, devido à sua força física, reforçando o patriarcado, sempre vamos nos deparar com dados alarmantes de violência.

Por fim, enquanto tivermos a mentalidade voltada somente para o novo, sem valorização das pessoas que construíram nossa vida, nossa realidade e nosso país, também continuaremos tratando os idosos como objetos descartáveis, sem respeito, pois a violência cometida contra eles é fruto da mentalidade social de “descarte do velho”, na medida em que valorizamos somente o estético e o novo possuem valor.

REFERÊNCIAS

- AMAR, Ayush Morad. *Criminologia*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1987.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. *Violência: psicanálise, direito e cultura*. Campinas, SP: Millenium Editora, 2007.
- A NOTÍCIA. Disputa por bens gera violência ao idoso. Pesquisa revela que 40% das queixas registradas em DP são contra filhos, netos ou seus cônjuges. Disponível em: <<http://an.uol.com.br/2000/set/12/0pai.htm>> Acesso em: 08 fev. 2006.
- A NOTÍCIA. Abandono em hospitais e asilos é frequente. Disponível em: <<http://an.uol.com.br/2000/set/12/0pai.htm>> Acesso em: 08 fev. 2006.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 117.
- ARAGÃO, Selma. A vitimização da mulher. In: LEAL, C. B.; PIEDADE JÚNIOR, H. (Org.) *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- ARENDR, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar : é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. 2.ed. São Paulo: Cortez, 1997.
- BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do Direito Penal e da vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- BRAGA, Pérola Melissa. *Direitos do idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica – análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06*. Salvador: Editora Podivm, s.d.

COSTA, L.; CHAVES, P.G.S. *A vivência afetiva e a violência doméstica contra os idosos*. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/senasp/biblioteca/artigos/artigo.doc>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

COSTA, L.; CHAVES, P.G.S. *A vivência afetiva e a violência doméstica contra os idosos*, op. cit., sem página.

CORTELLETTI, I.; CASARA, M.B.; HERÉDIA, V.B. (Org.) *Idoso asilado: Um estudo gerontológico*. Caxias do Sul/ RS: EDUCS/EDIPUCRS, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, N.; FERNANDES, V. *Criminologia integrada*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 1998.

GIULIA, Tamayo Leon. *Questão de vida: balanço regional e desafios sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência*. São Paulo: Cladem, 2000.

HIRIGOYEN, Marie-France. *A violência no casal: da coação psicológica à agressão física*. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

LEAL, César Barros. *A criança e a violência doméstica*. In: LEAL, C. B.; PIEDADE JÚNIOR, H. (Org.) *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEMOS, M. T.T.B.; ZAGAGLIA, R.A. (Org.) *A arte de envelhecer: saúde, trabalho, afetividade*. Estatuto do Idoso. Aparecida/ SP: Idéias & Letras, 2004.

BARROS, Orlando. *Os velhos e os velhacos*. (In) *A arte de envelhecer: saúde, trabalho, afetividade*. Estatuto do Idoso. Aparecida/ SP: Idéias & Letras, 2004.

AGUSTINI, Carlos Fernando. *Humanismo, velhice e Direito*. In: MEZZAROBBA, Orides. (Org.) *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação BOAITEUX, 2003.

LINTZ, Sebastião. *O crime, a violência e a pena*. Campinas / SP, 1987.

MORENO, Denise Gasparini. *O Estatuto do idoso: o idoso e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NASCIMENTO, José Flavio Braga. *Curso de criminologia*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

NETO, Ricardo Ferracini. *A violência doméstica sob a ótica da criminologia*. In: SÁ, A. A. de.; SHECAIRA, S. S. (Org.) *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.

NÚCLEO de informação ao idoso do MS. *Velhos sofrem violência em casa e nas ruas*. Disponível em: «<http://www.idoso.ms.gov.br/artigo.asp?id=50>». Acesso em: 14 de set. de 2004.

MAYR, Eduardo. *Vitimização da terceira idade (alguns aspectos vitimológicos)*. In: LEAL, C. B.; PIEDADE JÚNIOR, H. (Org.) *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Manual de criminologia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

- OLIVEIRA, Maria de Fátima Cabral Barroso de. Vitimização: A mídia e a violência doméstica. In: SÁ, A. A. de.; SHECAIRA, S. S. (Org.) *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas, 2008.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- RAMOS, A., M.; KAMIZONO, S.; FERNANDES, M. S. L.; XAVIER, F.; Maus-tratos a idosos: relato de casos e comentários sobre as intervenções médicas. Disponível em: < <http://www.amrigs.com.br/revista/49-03/rc03texto.htm> >. Acesso em: 08. fev. 2006.
- SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SCHIRRMACHER, Frank. *A Revolução dos idosos: o que muda no mundo com o aumento da população mais velha*. Tradução de Maria do Carmo Ventura Wollny. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- SERASA. *Guia Serasa de orientação ao cidadão*, op. cit., sem página.
- SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 35.
- SOARES, Bárbara Musumeci. *Mulheres invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- TRINDADE, Jorge; SILVA, Milena Leite. Crianças e adolescentes vítimas de violência: envolvimento legal e fatores psicológicos estressores. In: *Direito da criança e do adolescente: uma abordagem multidisciplinar*. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 54, out. 2004, abr. 2005.
- TRINDADE, J; BREIER R. *Pedofilia: aspectos psicológicos e penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- VERONESE, Joseane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Moraes da. *Violência doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
- ZAVASCHI, Maria Lucreia Scherer et al. Abuso sexual na infância: um desafio terapêutico. *Revista de Psiquiatria*, n. 13, set./dez., 1991.

NOVA LEI DE DROGAS – LEI N. 11.343/2006¹

Gilberto Thums²

1 CONFLITO DE LEIS PENAIS NO TEMPO: A LEI N. 11.343/2006 E AS LEIS N. 6.368/76 E 10.409/2002

Com a edição da Nova Lei de Drogas, vigente a partir de 8.10.2006, estabeleceu-se um confronto com as Leis 6.368/76 e 10.409/2002, ora revogadas expressamente, tanto em questões de direito material quanto de direito processual. Para melhor compreender esse fenômeno é necessário fazer um cotejo com as leis revogadas e a nova lei.

Toda vez que uma nova lei é editada, revogando a anterior que trata da mesma matéria, é possível o surgimento de conflitos, entre as normas penais, os quais podem ser observados sob quatro enfoques: a lei nova cria tipo penal que não existia; a lei nova não mais criminaliza conduta que a lei anterior tipificava; a lei nova mantém a incriminação, porém, abranda a pena ou prevê outra benesse; a lei nova reproduz o tipo penal anterior e agrava a pena, ou impede concessão de privilégio.

1.1 Casos de novatio legis incriminadora ocorrem quando o legislador passa a punir uma conduta, que antes não era considerada crime.

a) No art. 33, § 1º, observa-se que o legislador corrigiu um erro grave que a antiga Lei de Tóxicos (6.368/76) continha. Essa omissão foi objeto de comentários em nossa obra anterior, porque a lei só incriminava as condutas relacionadas à matéria-prima e não se referia a **insumos e produtos químicos (substâncias precursoras ou para fabricar entorpecentes)**. Agora o novo texto é o seguinte:

‘1 - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;’

A alteração é significativa, visto que a Lei n. 10.357 regulamentou o comércio e transporte desses produtos químicos, mas não havia tipificação penal. Não havia tipificação para as condutas que envolviam insumos ou produtos químicos. Assim, quem eventualmente, por equívoco do próprio STJ, foi condenado porque esteve envolvido com insumos ou produtos químicos, na verdade, nunca cometeu crime.

A partir de 8.10.2006, constitui crime a conduta que se relaciona com insumo químico ou substâncias precursoras para fabricar entorpecente, que constam das Listas D-1 e D-2, da Resolução RDC 15, de 1.3.2007, da ANVISA. (Ver lista nos anexos, no final do livro.) A antiga Lei de Tóxicos (n.6.368/76) só se referia à matéria-prima destinada a fabricar entorpecentes. É grotesca a distinção entre matéria-prima e produto químico, ou insumo químico, destinado à fabricação de drogas, todavia, a jurisprudência seguidamente confundia as hipóteses, gerando condenações injustas.

¹ Texto constante do livro THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova Lei de Drogas: crimes, investigação, processo*. 2.ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2008.

² Gilberto Thums é Procurador de Justiça do RS.

Quem foi condenado pelo art. 12, § 1º, inc. I, da Lei n. 6.368/76, porque esteve envolvido com insumos químicos, substâncias químicas precursoras, ou produtos químicos que se destinam a fabricação de drogas, tem direito de ter sua pena revista, porque sua conduta nunca foi crime. Cabe revisão criminal para corrigir o erro. Matéria - prima nunca foi insumo e nunca foi produto químico, destinado à fabricação de droga.

b) Outra hipótese de *novatio legis incriminadora* consta do art. 36, que cria a figura penal do financiador do tráfico. O texto está assim vazado:

*Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.*

Percebe-se que o legislador estabeleceu uma pena extremamente severa para os agentes que financiarem ou custearem o tráfico de drogas. Não significa que quem financiava o tráfico pela legislação anterior ficasse impune. A conduta poderia ser tipificada no art. 12 da antiga Lei de Tóxicos (6.368/76), combinado com o art. 29 do CP, por participação em tráfico e também no art. 14 da aludida lei.

Curiosamente, foi criada uma associação especial de agentes que financiam o tráfico. O crime é assemelhado ao art. 35 (art. 14 da antiga Lei de Tóxicos 6.368/76). Exige a prática reiterada de financiamento para o tráfico e, nesse caso, haverá concurso material de crimes entre o art. 36 e o art. 35 § único. Observe-se o texto legal:

*Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.*

Trata-se, portanto, de mais dois tipos penais novos, cuja vigência inicia em 8.10.2006 (financiamento do tráfico e associação para seu financiamento).

c) Outro tipo penal novo, refere-se ao agente que era mero informante de grupo, associação ou organização de traficantes. São os conhecidos sinalizadores (fogueteiros ou falcõezinhos), que anunciam a chegada da polícia na boca de fumo, ou a presença de algo suspeito. Não são aqueles agentes que têm envolvimento direto com os atos de traficância, mas exercem função importante de segurança da 'quebrada', sinalizam, informam e colaboram para que o tráfico possa funcionar. O texto está assim redigido:

*Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.*

Esses agentes poderiam ser considerados pela antiga Lei de Tóxicos (6.368/76) como partícipes do tráfico, utilizando-se para isso do art. 29 do CP, todavia, era sempre difícil tipificar a conduta desses agentes, os quais acabavam absolvidos por falta de provas para a condenação pelo crime de tráfico.

Por outro lado, não se pode esquecer que os agentes informadores são, normalmente, crianças ou adolescentes, e ficam fora do alcance das penas severas da nova Lei de Drogas, embora responda à procedimento pelo ECA.

d) Outra novidade na nova Lei de Drogas são as condutas de semear, cultivar ou colher plantas que se destinam à preparação de pequena quantidade de droga, para consumo pessoal, são condutas que receberam do legislador novo tratamento, mais benéfico. Na edição anterior da nossa obra, foi objeto de discussão a incoerência das decisões judiciais que levavam ao cárcere pessoas que se envolviam com pequenas quantidades de plantas e eram condenadas como se traficantes fossem. Vários casos foram citados e que eram notoriamente condutas de uso próprio, mas receberam as sanções cabíveis ao traficante.

Sustentamos que a hipótese do art. 28, § 1º, da nova Lei de Drogas, para quem for condenado, representa um caso de **abolitio criminis**, porque muitos réus foram condenados pelo art. 12, § 1º, inc. I, da antiga Lei de Tóxicos (6.368/76), como conduta de traficância, ainda que se tratasse de cultivo para consumo pessoal.

Portanto, defendemos o direito desses réus de revisarem a sentença condenatória, porque as condutas de semear, cultivar e colher para consumo pessoal só passaram a ser crime a partir de 8.10.2006, sendo atípicas as anteriormente reconhecidas e, por erro judiciário, por radicalismo, ou obscurantismo, ou cegueira jurídica foram, indevidamente, condenados. Observe-se a redação nova:

Art. 28, § 1º Às mesmas medidas (do usuário) submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

A norma acima representa, na verdade, novatio legis incriminadora e não novatio legis in mellius.

e) Por fim, foi criado novo tipo penal para quem pilotar aeronave ou embarcação – não há referência se esta deve ser movido a motor, mas tudo indica que sim, porque a pena prevê cassação da habilitação – gerando dano potencial a terceiros. O novo dispositivo retrata o art. 306, do CTB (Lei 9.503) e prevê a mesma pena (6 meses a 3 anos de detenção), que refoge da competência dos Juizados Especiais Criminais.

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

1.2 Casos de novatio legis in mellius, significa que o legislador manteve a incriminação na lei nova, porém, estabeleceu abrandamento da pena.

a) Embora permaneçam com o rótulo de tráfico, as condutas de induzir, instigar ou auxiliar alguém a usar drogas, que antes estavam previstas no art. 12, § 2º, inc. I da antiga Lei de Tóxicos

(6.368/76), e tinham pena de 3 a 15 anos de reclusão, passam, agora, pela nova lei a ter pena de **detenção de 1 a 3 anos**. Portanto, trata-se de lei mais benigna, que tem efeito retroativo, aplicável a todos os casos julgados e que o réu ainda esteja cumprindo pena. A norma mais benéfica está assim redigida:

*Art. 33, § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.
Essas condutas são consideradas 'tráfico privilegiado'.*

b) Oferecer droga para consumo entre amigos, sem intuito de lucro, ocasionalmente, era crime de tráfico, tipificado no art. 12, 'caput', da antiga Lei de Tóxicos (6.368/76). A nova lei manteve a incriminação e o rótulo de tráfico, mas estabeleceu penas bem mais brandas. Deve-se observar que se trata de conduta que tem por objetivo punir aquele que oferece a droga para os amigos, gratuitamente, e não para quem está consumindo entre amigos. Lamentavelmente, o legislador empregou apenas um único verbo nuclear 'oferecer'. Todas as demais condutas, ainda que objetivem destinar droga para consumo entre amigos, são tipificadas no art. 33, 'caput'. A redação está assim vazada:

*Art. 33, § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.
Essa também é uma forma de 'tráfico privilegiado', sendo inclusive da competência dos Juizados Especiais Criminais.*

c) Foi criada uma minorante para os crimes de tráfico (art. 33, 'caput', e parágrafo 1º), permitindo a redução da pena de 1/6 a 2/3, desde que o condenado reúna os seguintes requisitos: *seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa*.

Muitos réus que estão condenados por tráfico de drogas, e se enquadram nas condições do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, têm direito de ter sua pena reduzida.

d) Foi excluída a majorante para o tráfico, quando a conduta visava à pessoa maior de 60 anos. O legislador corretamente substituiu o termo por *"quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação."* (art. 40, VI). Portanto, quem foi condenado e teve a pena majorada pelo simples fato de a pessoa a quem a droga se destinava ser maior de 60 anos, tem direito de redução da pena, excluindo-se a aludida majorante.

e) As majorantes para o tráfico, antes previstas no art. 18, e agora contempladas no art. 40, da Lei nº 11.343/2006, tiveram sua majoração reduzida de 1/3 para 1/6. Trata-se de nítida *novatio legis in melius*. Vale a observação no sentido de que todos os réus condenados por tráfico de drogas e que tiveram sua pena majorada pelo art. 18, da antiga Lei de Tóxicos (nº 6.368/76), terão direito à redução da pena, nos patamares da nova lei.

1.3 Casos de abolitio criminis, quando o legislador deixa de considerar crime condutas que a lei anterior tipificava.

a) O art. 33 teve sua redação modificada em relação à lei anterior (6.368/76), na medida em que a utilização de local poderia ser tanto para uso, quanto para tráfico de drogas. Agora, somente é crime se o objetivo é de traficância:

Art. 33, § 1º, III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Assim, quem foi condenado pelo art. 12, § 2º, inc, II, da antiga Lei de Tóxicos (6.368/76), por utilização de local ou permitir que seja utilizado para **consumo de drogas**, será beneficiado pela nova lei por **abolitio criminis**, devendo ter sua condenação revista.

Assim, deixa de ser crime a conduta de quem utiliza local ou permite que ele seja utilizado apenas para consumo de drogas.

b) As condutas **adquirir, guardar e trazer consigo droga para uso próprio** deixam de ser consideradas crimes, embora a lei nova tenha ampliado o rol de condutas (verbos nucleares) e denominada a tipificação como crime, em capítulo próprio, a matéria vai gerar muitas controvérsias.

Ocorre que o art. 28 refere-se a 'penas', mas não são privativas de liberdade (detenção ou reclusão), ou penas restritivas de direitos, tem-se um problema insuperável, porque só se considera crime a infração penal que a lei cominar pena de reclusão ou detenção, alternativa ou cumulativamente com pena de multa. Esse conceito está no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Dec-Lei 3914/41).

Portanto, da forma como está redigido o art. 28, da Nova Lei de Drogas, é impossível concluir que se trate da tipificação de um crime. Por outro lado, contravenção penal também não é, porque não trata de prisão simples e/ou multa.

Para Luiz Flávio Gomes³ seria uma infração "sui generis"³, ou seja, uma 'coisa', que não é nem crime nem ilícito administrativo. Veja-se o texto:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Ainda que se admita que se trata de crime, a norma não possui poder de coerção, já que impede a privação da liberdade, pela prática do ilícito. Maior análise será feita no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, adiante.

Sustentamos que as hipóteses do art. 28 são verdadeira 'abolitio criminis' e todos os agentes condenados pelo art. 16, da antiga Lei de Tóxicos (nº 6.368/76), têm direito à revisão criminal, com vistas a cancelar todos os efeitos decorrentes da condenação.

Todavia, o STF considerou o art. 28 um tipo penal incriminador, embora preveja somente penas restritivas de direitos, afirmando que se trata de crime. Portanto, para o STF, o art. 28 é verdadeiramente um crime.

³ GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Tóxicos: descriminalização da posse de droga para o consumo pessoal. Disponível: <http://www.ultimainstancia.uol.com.br>, acesso em 30.08.2006.

c) A nova Lei de Drogas não manteve a incriminação da **apologia ao uso ou tráfico** de entorpecentes, prevista no art. 12, § 2º, III, antiga Lei de Tóxicos (6.368/76). Simplesmente, não há qualquer referência na nova lei.

Para não dizer que a apologia ao uso ou tráfico é conduta atípica, poder-se-ia cogitar do art. 286 ou 287, do CP, que trata da incitação ao crime. A matéria vai provocar discussões, na medida em que a Nova Lei de Drogas regula inteiramente as políticas públicas sobre drogas⁴ logo, não podemos concordar com a tipificação do art. 286, nem do 287, do CP, para a apologia ao uso ou tráfico de drogas. Trata-se, portanto, de conduta atípica.

Não se deve confundir a apologia ao uso com o induzimento ou instigação ao uso de droga, porque tais condutas exigem pessoa determinada, enquanto aquela é endereçada a um número indeterminado de pessoas.

A nova Lei de Drogas não pune mais a apologia ao tráfico ao uso de drogas, passando a ser conduta atípica.

1.4 Casos de novatio legis in pejus. O legislador mantém a incriminação da lei anterior e estabelece penas mais gravosas. Sua aplicação não é retroativa.

a) É o que ocorreu com as condutas rotuladas como tráfico de drogas, previstas no art. 12, da antiga Lei de Tóxicos (6.368/76), que tiveram a pena mínima elevada para 5 anos, bem como o agravamento da pena de multa.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

*Pena - **reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos** e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.*

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas

b) As majorantes do art. 40 foram redimensionadas, alcançando hipóteses antes não previstas. No inciso II, foram acrescentadas as funções de **poder familiar e missão de educação**; no inciso III, foram ampliados os locais do tráfico, sendo acrescentadas **unidades militares ou policiais, transporte público e serviços de tratamento de dependentes de drogas**; no inciso IV, a

⁴ Art.1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

disposição é integralmente nova, quando o crime de tráfico é praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva; no inciso V, foi acrescentada disposição integralmente nova, referindo-se ao tráfico entre Estados; o inciso VI, foi modificado, passando a constar a expressão criança ou adolescente e substituição ao menor de 21 anos, bem como **foi suprimido a expressão velho** e acrescentada a condição da pessoa que tem diminuída sua capacidade de entendimento; e o inc VII, também é disposição nova, refere-se ao agente que financiar ou custear a prática do crime de tráfico.

Assim, as disposições novas do art. 40 constituem *novatio legis in pejus*. Todavia, o parâmetro de majoração mínima foi redimensionado para baixo, o que significa que se trata de *novatio legis in melius*. Quem já foi condenado ou quem ainda não foi, mas está respondendo a processo, pela antiga Lei de Tóxicos (n. 6.368/76), tem direito à aplicação do novo parâmetro mínimo.

c) Para as penas de multa foram estabelecidos novos parâmetros, permitindo fixação em valores muito elevados. Para o usuário, o art. 29 determina uma fórmula e, para o traficante, o art. 43 define outros critérios.

Em resumo: as regras novas que agravam a situação do réu só passam a valer a partir de 8.10.2006, enquanto as mais benéficas têm efeito retroativo, conforme garantia constitucional. Réus que estão respondendo a processo pela antiga lei de Tóxicos (n.º 6.368/76), porque os fatos ocorreram antes de 8.10.2006, tem direito aos novos parâmetros de majoração.

2 APLICAÇÃO DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA, COMPETÊNCIA

a) JUSTIÇA FEDERAL. As normas de direito processual têm aplicação imediata. Todos os processos em tramitação, que envolvem crimes de drogas, devem seguir as novas regras. Exemplificando: casos de tráfico internacional, que estejam tramitando na justiça estadual, por delegação de competência, em razão do art. 27, da antiga Lei de Tóxicos (n. 6.368/76), devem ser encaminhados imediatamente para a justiça federal, sendo nulos todos os atos praticados a partir da vigência da nova lei, na medida em que o art. 70, da Lei n. 11.343/2006, estabelece exclusividade da justiça federal para a transnacionalidade do tráfico.

b) JUÍZO DA EXECUÇÃO. Conforme dispõe o art. 66, I, da LEP, compete ao juiz da execução penal a aplicação da lei penal que, de qualquer modo, favorecer o condenado. Assim, nas seguintes hipóteses: 1 **casos de descriminalização** (apologia ao uso ou tráfico de drogas; utilização de local para consumo de drogas; posse de droga para consumo pessoal), quem foi condenado e possui execução ativa, tem direito à aplicação imediata dos benefícios da nova lei; 2 casos de **novatio legis in melius** (induzir, instigar, auxiliar alguém a fazer uso de drogas; oferecer drogas para consumo entre amigos; todos os casos de tráfico em que foi aplicada majorante do art. 18, da Lei n. 6368 de 1/3, passa para 1/6, ou quando a majorante não mais persiste, como é o caso do destinatário da droga que tinha mais de 60 anos; todos os casos de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º,); 3 caso de **novatio legis incriminadora** a) para a hipótese de semear, cultivar e colher plantas destinadas a preparação de pequena quantidade de drogas para consumo pessoal (art. 28, § 1º). Quem foi injustamente condenado por equívoco ou paranoia judiciária como se traficante fosse, mas, na verdade, a hipótese era de consumo pessoal, significa que não cometeu crime, e tem direito de aplicação imediata do benefício legal. O cultivo dessas plantas, para preparo de pequena quantidade de droga, para consumo pessoal, só passou a ser crime a partir do dia 8.10.2006; b) condenação imposta por tráfico para quem envolveu-se com **insumos químicos, produtos químicos ou substâncias precursoras para fabricar drogas**, tendo sido reconhecidos como **matéria-prima**. Trata-se de equívoco grosseiro de condenação e que agora o legislador vem reconhecer. Matéria - prima é um produto da natureza e não uma substância química. Assim, quem foi condenado pelo art. 12, § 1º, inc. I, da Lei nº

6368, por ter realizado conduta relativa a insumos, produtos químicos ou substâncias precursoras, para fabricar droga, tem direito à revisão da condenação, porque não se trata de matéria-prima e o referido dispositivo legal só se referia à matéria-prima.

A princípio, cabe ao juiz da execução a aplicação da **novatio legis in melius**, porém, podem ocorrer hipóteses em que se exige a análise de elementos que não constam dos autos e que demandam a produção de provas. Nesse caso, a hipótese é de revisão criminal a ser proposta em segundo grau.

Dessa feita, sustentamos que, primeiramente, se procede à aplicação das normas mais benéficas, junto ao juízo da execução e, não havendo elementos suficientes para sustentar a decisão, porque necessária a produção de provas, se utilize do juízo revisional.

3 NORMA PENAL EM BRANCO – NOVA TERMINOLOGIA

A nova Lei de Drogas modificou a terminologia em relação à lei anterior quanto ao objeto de incriminação. Tecnicamente é melhor, porque a antiga Lei de Tóxicos (6.368/76) utilizava a expressão 'substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica'. Tais termos criavam dificuldades, em face das listas da ANVISA, pois todas as substâncias das Listas C e D não podiam ser consideradas para o efeito do antigo art. 12, porque não coincide a nomenclatura. O mesmo ocorria com as substâncias que não eram entorpecentes, nem psicotrópicas, mas estavam sob controle do poder público.

A nova lei emprega a expressão DROGAS, que significa substâncias ou produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. É pertinente observar que, temendo possíveis controvérsias jurídicas acerca do tema, o legislador tomou a cautela de dispor, ao final da lei que, *"até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da Portaria SVS/MS n° 344, de 12 de maio de 1998"*. Nesse contexto, continuam valendo as listas e os termos empregados pela ANVISA para a nova Lei de Drogas, até que sejam adaptadas à nova terminologia.

Os tipos penais contêm normas em branco porque referem-se à droga (substância entorpecente ou que cause dependência física ou psíquica), ou insumo, ou produto químico utilizado na preparação de drogas. Quem estabelece a lista de substâncias é o Ministério da Saúde, através da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). A Portaria n° 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, criou o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos à controle especial, mas atualmente, as substâncias constam da Resolução RDC 19, de 24.3.2008, da ANVISA. Essa Resolução discrimina as listas de substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial da Portaria SVS, n° 344, de 12.05.1998. O mesmo ocorre com o cultivo de plantas, destinadas à preparação de entorpecentes, que são discriminadas por nome científico.

Por determinação legal, a ANVISA deverá adequar suas listas à terminologia da nova Lei de Drogas. Em termos práticos, isso significa alterar a nomenclatura das substâncias e suas respectivas listas, deixando-se de empregar os termos 'substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica', para empregar os termos: 'drogas sob controle', 'drogas proscritas', 'produtos químicos', 'insumos químicos utilizados na fabricação e síntese de drogas', etc. Serão editadas listas com a classificação exigida pela nova Lei de Drogas.

Apesar de editada a RDC 19 /2008, a ANVISA não adaptou-se à nova nomenclatura,

mantendo exatamente as mesmas referências da velh Lei n. 6368. É lamentável. Em consequência, existem graves falhas de condutas que vão ficar fora de tipificação em razão da inadequação típica por defeito de nomenclatura. Para os advogados é ótimo, porque vai gerar absolvições inconcebíveis.

3.1 Norma integradora e o direito intertemporal

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n° 344, de 12 de maio de 1998.

Com a edição da nova Lei de Drogas, é necessária a adaptação das listas de substâncias e produtos sob controle do Poder Público. Embora a ANVISA tenha editado nova Resolução (RDC), não se lembrou de fazer a adaptação à nova Lei de Drogas, fazendo referência expressa à antiga Lei n. 6368/76. Assim, valem as seguintes observações:

As listas A1, A2, A3, B1 e B2 referem-se a substâncias entorpecentes ou psicotrópicas, portanto, não sofrem qualquer alteração. A lista C1 trata de outras substâncias sujeitas a controle especial, mediante receita de controle especial, em 2 vias. Essa lista é abrangida pelo art. 66, da Lei n. 11.343/2006. A lista C2 trata de substâncias retinóicas, sujeitas à notificação de receita especial; A lista C3 trata de substâncias imunossupressoras, sujeitas à notificação de receita especial; A lista C4 trata de substâncias antiretrovirais, sujeitas à receita de controle especial, em 2 vias; A lista C5 trata de substâncias anabolizantes, sujeitas a receita de controle especial, em 2 vias. Portanto, apenas as substâncias da Lista C1 são alcançadas pela lei penal, ficando as demais (C2, C3, C4 e C5) fora do controle penal, enquanto não editada nova RDC, pela ANVISA, adequando a nomenclatura.

A lista D1 trata de substâncias precursoras de entorpecentes/psicotrópicas, sujeitas à receita médica, sem retenção. Essas substâncias tipificam os crimes da nova lei porque o art 66 consigna expressamente a referida lista como droga.

Já a lista D2 trata de insumos químicos utilizados para fabricação e síntese de entorpecentes e/ou psicotrópicos (sujeitos a controle do Ministério da Justiça). São exemplos: 1 acetona; 2 ácido clorídrico; 3 ácido sulfúrico; 4 anidrido acético; 5 cloreto de etila (princípio ativo do “lança-perfume”); 6 cloreto de metileno; 7 clorofórmio; 8 éter etílico; 9 metil etil cetona; 10 permanganato de potássio; 11 sulfato de sódio; 12 Tolueno (é um solvente, utilizado na gasolina, cola de sapateiro, etc).

Insumo não é droga, por isso sua tipificação deve ser feita no art. 33, § 1º, inc. I, da Lei n. 11.343/2006.

A lista E trata de plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas: 1 *Cannabis sativa* L., é a maconha, contém o THC, mas só na planta fêmea. Também fornece o haxixe; 2 *Claviceps paspali* Stevens & Hall; 3 *Datura suaveolens* Willd; 4 *Erythroxylum coca* Lam, planta que é a matéria-prima para a cocaína; 5 *Lophophora williamsii* Coult; 6 *Papaver Somniferum* L, planta que fornece o ópio e outros alcalóides; 7 *Prestonia amazonica* J. F. Macbr. Esta lista se enquadra na Lei n. 11.343/2006, não houve mudanças.

A lista F trata das **substâncias de uso proscrito no Brasil**. Lista F1: das substâncias entorpecentes são exemplos a cocaína, a heroína, etc; Lista F2: das substâncias psicotrópicas são exemplos: LSD; LSD-25; 9,10-DID; tetrahydrocannabinol ou THC. As duas listas não apresentam qualquer alteração em relação à nova lei.

Já a lista F3 trata de outras substâncias, são exemplos: 1 estricnina; 2 etretinato; 3 Fenilpropanolamina, etc. Essa lista está fora da nova lei e já estava fora da lei anterior.

Somente uma reformulação na nomenclatura das listas poderá por fim a uma interminável polêmica e injustiça, na medida em que se trata de norma penal, em branco e aberta, quanto à interpretação. Age de modo irresponsável o Poder Executivo, através da ANVISA, ao não adequar as novas listas de substâncias através de RDC, de acordo com a nova lei.

4 DISTINÇÃO ENTRE “SUBSTÂNCIA” ENTORPECENTE, “MATÉRIA-PRIMA” OU “INSUMO QUÍMICO” DESTINADO À PREPARAÇÃO DE ENTORPECENTE, E “PRODUTO”, CUJOS COMPONENTES PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA, AINDA QUE POR USO INDEVIDO (ART. 243 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE)

O tráfico de drogas do art. 12, da antiga Lei de Tóxicos, tratava de **substâncias** como, por exemplo: cocaína, heroína, LSD, anfetamina, cloreto de etila, THC etc. Já o § 1º, inciso I, desse artigo, referia-se à “matéria-prima” destinada à preparação de entorpecente, mas não tratava dos insumos químicos. Isso gerou confusão de interpretação.

Na prática, encontram-se vários julgados que reconhecem nas substâncias químicas utilizadas para produção de droga a “matéria-prima”, o que constitui enorme equívoco.⁵ O insumo ou a substância utilizada para reações químicas jamais será “matéria-prima”. Exemplificando: a folha da coca (da planta *erythoxylum coca* Lam.), que não contém substância entorpecente ainda, é a matéria-prima utilizada para a produção da cocaína, que só é obtida através de processos químicos de laboratório. Portanto, matéria-prima não pode ser confundida com insumo ou produto químico. Matéria-prima é um produto da natureza que não contém substância entorpecente.

Diferente é a situação da maconha (*Cannabis sativa* L.), que já possui o THC nas suas folhas, pronto para uso. A natureza já produziu a substância, nesse caso, a tipificação estava no *caput* do art. 12, hoje art. 33, 'caput'. Assim, a folha da coca é matéria-prima, objeto do antigo art. 12, § 1º, I, e atual art. 33, § 1º enquanto a maconha contém a substância, tipificada no *caput* do mencionado artigo.

Éter, acetona, tolueno, clorofórmio não podem ser considerados matérias-primas para produzir entorpecentes, porque são considerados, por lei (Lei n. 10.357/2001), apenas insumos destinados à produção de entorpecentes. Assim, por mais substâncias que se adicionem ou se combinem entre si, jamais darão origem à substância entorpecente, obtida a partir da matéria-prima.

Matéria-prima é a substância básica imprescindível num processo de fabricação (normalmente produzido pela natureza), que dará origem a um novo produto, ou substância química, entorpecente. O “produto”, cujos componentes podem causar dependência, ainda que por utilização indevida, não contém “substâncias” entorpecentes, isto é, não é droga, mas são outras substâncias como o álcool, nicotina, alcatrão, acetona, tolueno, clorofórmio, etc, os quais podem causar dependência, mas não foram catalogadas nas listas do Min. Saúde. São as bebidas alcoólicas, os cigarros de tabaco, a cola de sapateiro (contém tolueno) e o conhecido

⁵ “Matéria-prima”, para efeito do inciso I do par. 1º do art. 12, da Lei n. 6.368/76, abrange não só as substâncias destinadas exclusivamente à preparação de drogas como, igualmente, aquelas que eventualmente, se prestam a esse objetivo. II Se o material apreendido se destinava, ou não, ao preparo de entorpecentes, isso exigiria um aprofundado exame da prova, o que é vedado nos estreitos limites do “writ”. III Tópicos não apreciados no egrégio tribunal “a quo” desmerecem ser, diretamente conhecidos. “Writ” parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido (STJ, HC 5699/RO, rel. Min. Felix Fischer, j. 12/05/1997, DJ 01/09/1997, p. 40852).

“loló” (composto químico de acetona, tolueno, benzina, thinner ou clorofórmio, podendo variar os ingredientes). Essas substâncias podem causar dependência, mas não constam da lista da ANVISA como entorpecentes ou drogas. Portanto, se um adulto traz consigo “loló”, a conduta é atípica, mas se vender, fornecer gratuitamente, ministrar ou entregar de qualquer forma à criança ou adolescente, sem justa causa, estará cometendo o crime do art. 243, do Estatuto da Criança e do Adolescente. O elemento normativo “sem justa causa” significa que o agente só comete o crime se tem ciência do fim a que se destina o produto. Por exemplo: vender cola de sapateiro para um adolescente “a granel”, colocando em recipiente para uso indevido.

Com a nova Lei de Drogas, a situação deve modificar-se completamente. O art. 33, § 1º, inc. I, contempla 14 verbos nucleares, relacionados com **matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas**. Dependendo da forma como a ANVISA vai denominar as listas de substâncias, ou produtos para produzir drogas, poderá ocorrer o reconhecimento de crime na nova Lei de Drogas, em detrimento ao art. 243, do ECA. Assim, algumas substâncias químicas, que hoje são utilizadas na fabricação do ‘loló’, e que encontram tipificação no art. 243, do ECA, poderão ser tabeladas pela ANVISA como insumo ou produto químico utilizado na fabricação de drogas e, nesse caso, haverá incidência da Lei n. 11.343/2006, art. 33, 'caput'. É o caso do tolueno, clorofórmio, éter etílico, etc.

O único problema será a tipificação como ato de traficância, art. 33, 'caput', na medida em que os insumos químicos devem ter como destinação a fabricação da droga, art. 33, § 1º, e não o seu próprio consumo. Assim, embora o agente seja flagrado com ‘loló’, para vender a adolescentes, cujo componente químico seja o tolueno, não é possível tipificar a conduta como tráfico de droga, porque o tráfico exige que se trate de DROGA e não de insumo. E o insumo só é crime se for destinado à produção de droga e não para consumo. Ou seja, resta aplicar o art. 243, do ECA.

5 SEMENTES DE PLANTAS DESTINADAS À PREPARAÇÃO OU PRODUÇÃO DE DROGAS

A lei trata da matéria no art. 33, § 1º, inc. II, incriminando as condutas semear, cultivar e fazer colheita de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas, portanto, não há tipificação para quem transporta, traz consigo, guarda, tem em depósito, etc., as sementes dessas plantas, na medida em que semente não é matéria-prima, bem como não é substância, logo, se trata de conduta atípica, sujeitando-se apenas à apreensão do material. Equivocadamente, o legislador economizou verbos para ampliar o espectro de condutas puníveis. É lamentável.

Assim, quem está transportando sementes de maconha, em via pública, não pratica conduta típica, salvo numa hipótese: quando as sementes estiverem impregnadas de resíduos de pó com o princípio ativo (THC). Nesse caso, está transportando “substância” entorpecente (droga), embora se trate exclusivamente de sementes, respondendo o agente pelo art. 33 *caput*, porque a semente já contém a droga. Fora essa hipótese, as sementes de plantas como maconha, coca etc., livres do princípio ativo, são condutas atípicas. A ação incriminada é **semear**, que significa lançar a semente à terra.

Nessas condições, a apreensão de sementes de maconha em poder do agente, por exemplo, sem presença do THC, representa uma conduta atípica. No caso de ser encontrado o princípio ativo, então haverá crime, porque se trata de droga.

5.1 Insumo ou produto químico utilizado como precursor para fabricar drogas

O art. 31, da nova Lei de Drogas, exige licença prévia da autoridade competente para

produzir, extrair, fabricar, transformar, preparar, possuir, manter em depósito, importar, exportar, reexportar, remeter, transportar, expor, oferecer, vender, comprar, trocar, ceder ou adquirir, para qualquer fim, produto, substância ou droga ilícita que cause dependência física ou psíquica, ou produto químico destinado à sua preparação, observadas as demais exigências legais. No art. 33, § 1º, inc. I, o legislador resolveu ampliar a tipificação anterior, constante do art. 12, § 1º, inc. I, acrescentando os **termos insumos ou produtos químicos** destinados à preparação de drogas, sem autorização do órgão competente ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A Lei nº 10.357/2001 que estabelece normas de controle e fiscalização sobre produtos químicos que, direta ou indiretamente, possam ser destinados à elaboração ilícita de substâncias entorpecentes, só contém normas administrativas, mas não contempla sanção penal. Assim, as condutas relacionadas a insumos ou produtos químicos não encontrava tipificação na antiga Lei de Tóxicos (6.368/76). São exemplos: acetona, éter etílico, tolueno, clorofórmio etc (Substâncias das listas D-1 e D-2), que são consideradas precursoras de entorpecentes ou insumos químicos utilizados na fabricação de entorpecente. Elas estão sujeitas, evidentemente, à apreensão, mas não havia tipificação penal. Insumo não se confunde com matéria-prima. A única exceção é o cloreto de etila, substância que compõe o “lança-perfume”, porque consta de duas listas: como psicotrópico (B-1) e como insumo (D-2). Assim, as condutas relacionadas ao cloreto de etila constituem crime segundo a Lei nº 6.368, e também na nova Lei de Drogas, uma vez que, mesmo sendo considerado insumo (lista D-2), também é considerado psicotrópico (lista B-1), ou seja, é droga e, por esta razão, a conduta encontra tipificação no art. 33 *caput*.

Vale observar que o cloreto de etila, embora conste como droga e como insumo, não pode a conduta ser tipificado em dois artigos (33, ‘caput’ e § 1º, inc. I), a partir de 8.10.2006. Tecnicamente é mais correto considerar o cloreto de etila como insumo químico, portanto a segunda figura típica do art. 33. Vai depender da quantidade apreendida, porque é impossível afirmar que o indivíduo com um pequeno frasco de cloreto de etila esteja na posse de insumo químico, destinado à fabricação de droga.

6 USUÁRIO DE DROGAS – ANÁLISE DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO TIPO DO ART. 28

6.1 Dos crimes e das penas

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de

usuários e dependentes de drogas.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6º do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

Parágrafo único. Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6º do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.

Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

6.2 Elemento subjetivo - a questão da destinação da droga para consumo pessoal

A antiga Lei de Tóxicos (6.368/76) já exigia que se observassem determinados parâmetros para analisar a conduta do agente, quanto à traficância ou uso próprio (art. 37). Agora, o legislador, de forma explícita, determina ao juiz que faça a análise da conduta, observando a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente (art. 28, parágrafo 2º).

A quantidade é apenas um parâmetro, que deve ser associado a outros para chegar-se à definição do elemento subjetivo da conduta do agente. Continua igual à lei anterior, pois a distinção entre traficância e uso próprio **é a destinação da droga**. Exemplificando: se o agente foi flagrado fornecendo a terceiro apenas um único cigarro de maconha, a conduta será de traficância, ao passo que, se a droga fosse para uso pessoal, seria conduta de usuário (art. 28).

Maldosamente, o legislador estabeleceu os critérios de avaliação da conduta do usuário e não do traficante, o que pode autorizar aos afoitos a conclusão de que, se não ficou provado que a droga se destinava para consumo, então a conduta será tráfico. Para a lei é isso, mas não é bem assim.

Observamos que a Lei nº 11.343/2006 não inverteu o ônus da prova. Se o órgão acusador afirmar que a droga que o réu trazia consigo se destinava para tráfico, terá que fazer a comprovação. Não havendo essa prova, haverá desclassificação para uso, porque se trata de tipo penal congruente, ou seja, o mesmo verbo nuclear consta em dois tipos penais. Um com pena elevada de 5 a 15 anos e outro com penas restritivas de direitos. A prova incumbe a quem alega. Se a acusação afirma que se trata de tráfico, então caber-lhe-á o ônus da prova.

Poder-se-ia resumir que tráfico é toda a conduta que tem por objetivo destinar drogas a terceiros, com ou sem intuito de lucro. É o elemento subjetivo exigido pelo tipo. Todavia, somente o art. 28 possui elemento subjetivo do tipo 'para consumo pessoal', enquanto o art. 33 contém o dolo genérico. Se o objetivo não é traficar, então, é porque a droga se destina a consumo pessoal. Quem tem o dever de provar a destinação para traficância é o órgão acusador. Na dúvida ou na insuficiência de provas para tráfico, a tipificação recai sobre a conduta de usuário ou até de absolvição, nos casos de incongruência simétrica.

A título de exemplo: agente preso ao acaso (durante revista) em rua central com 150 gramas de maconha no bolso. A polícia não tem nenhuma informação sobre sua atividade criminosa, isto é, o agente tem ficha policial limpa e tem fonte de renda para justificar a aquisição

da droga. Afirma que é viciado. Impossível condená-lo por tráfico. Embora para a polícia seja rotulado como traficante, bem como pela acusação. Se o Ministério Público não fizer a prova conclusiva de que tal droga se destinava ao tráfico, o juiz terá de desclassificar a conduta para o art. 28.

Assim, quando há evidências de que a droga se destina para consumo pessoal, aplica-se o tratamento legal do art. 28. Não sendo a hipótese, segue-se o procedimento para as condutas de tráfico, todavia, o juiz poderá desclassificar essa conduta para a de usuário.

6.3 Descriminalização? Despenalização? Desmoralização?

Diversamente da lei anterior⁶, o legislador da nova Lei de Drogas tratou primeiro da questão do usuário de drogas, **em título (III) e capítulo próprios**, para depois dispor em outro título (IV) sobre a **repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas**.

Inspirado no ECA (Lei n.8069), que prevê medidas socioeducativas aos adolescentes infratores (que cometem crimes ou contravenções penais), o legislador resolveu imitar essas medidas em matéria penal. Não foi uma boa opção legislativa.

Embora tenha rotulado as sanções do art. 28 como ‘penas’ e atribuído às figuras típicas a denominação de ‘crimes’, na verdade, a questão não é bem assim. Não se sabe se por má-fé ou ignorância do legislador, a matéria que envolve a ‘penalização’ do usuário de drogas apresenta-se extremamente controversa. Na verdade, houve uma forma mascarada de descriminalização, conforme será exposto a seguir.

Os crimes, segundo a Lei de Introdução ao Código Penal (Dec. 3914/41, art. 1º), são infrações penais a que a lei comina pena de **reclusão** ou **detenção**, de forma isolada, **ou cumulativa ou alternativamente** com pena de multa; e contravenção penal é a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

É bem verdade que a Constituição Federal (art. 5º, inc. XLVI) previu a aplicação de penas de prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos, mas a questão não fica resolvida, porque aquelas penas normalmente substituem estas. Ver art. 43 do Código Penal, que confere nítido caráter de alternatividade às penas restritivas de direitos. Portanto, não são penas principais. Ou são penas cumulativas às de privação da liberdade, como é o caso do CTB (Lei n. 9503, arts. 302, 303, 306, etc.) ou são substitutivas, conforme determina o art. 44 do Código Penal.

Nos dois tipos penais do art. 28, da nova Lei de Drogas, está contido o preceito fundamental (a norma incriminadora). Eles descrevem os verbos nucleares e os demais elementos do tipo e, ao prever a sanção, foi utilizado o termo ‘penas’ que, na verdade, significa ‘medidas educativas’ (esta denominação é utilizada no § 6º do art. 28, no próprio inciso III, do art. 28, e no art. 29). Portanto, não se trata de penas, mas de medidas que deveriam ser substitutivas à privação da liberdade, ou alternativas para transação penal. Há uma contradição entre o termo ‘penas’ e no inciso III ‘medida educativa’:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer

⁶ Define os crimes de tráfico nos arts. 12 e 13 e o usuário no Art. 16. *Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:*

Pena – Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa

consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Impossível reconhecer a advertência sobre o efeito das drogas como uma 'pena', até porque não consta do sistema legal brasileiro, que a advertência possa ser considerada penas restritivas de direitos. Impossível reconhecer o comparecimento a programa ou curso educativo como pena. Trata-se escancaradamente de uma medida educativa, sem cunho penal.

Aliás, mostra-se completamente ingênua e irracional a medida de advertência para drogados, porque a medida pode servir de chacota contra o próprio magistrado, que vai advertir normalmente usuário de longo caminho já percorrido no mundo das drogas e esse, simplesmente, vai debochar da situação constrangedora em que se encontra o juiz, com o gesto da advertência.

Imagine-se a seguinte cena: a polícia prende em flagrante um usuário na posse de drogas. Não pode sequer algemá-lo. Apresenta-o diretamente ao juiz. Esse o **adverte sobre os efeitos da droga**. O usuário acena com a cabeça que entende a advertência. Todos são liberados. Momentos após, o usuário é novamente flagrado pela polícia consumindo drogas. O que fará o magistrado? ... Tenha a santa paciência ...

No inciso III, do art. 28, o legislador confessa que a 'pena' aplicável é, na verdade, **MEDIDA EDUCATIVA** de comparecimento a programa ou curso.

Certamente, as figuras típicas do art. 28 não tratam de crimes, mas de infrações legais de natureza civil, que o Poder Judiciário deverá enfrentar, com o escopo de EDUCAR o usuário de drogas. A atribuição caberá ao juiz criminal, mas se trata de verdadeira política pública, que caberia ao Executivo. O parágrafo 7º do art. 28 denomina o agente de INFRATOR e não de criminoso.

Nesse contexto, comparecimento a programa ou curso educativo é escancaradamente uma medida socioeducativa e jamais uma pena. Se o agente não comparecer ou não aceitar, na transação penal, a imposição da referida medida, NADA pode ser feito para compeli-lo, restando ao juiz, a aplicação da multa. E multa, se não puder ser executada, ou se o agente frustrar a execução, também NADA poderá ser feito.

Contra a desobediência do drogado à decisão judicial que fixou a 'medida cabível', mesmo em transação penal, caberá pena de multa, tão-somente, não podendo falar-se em crime de desobediência, porque a lei comina sanção específica para este proceder.

A medida educativa de prestação de serviços à comunidade é a única que poderia ser tratada como PENA, porém, o Código Penal trata essa pena de ALTERNATIVA (art. 44), ou seja, substitutiva à pena privativa de liberdade, tendo, inclusive, a mesma duração. Assim, se é diretamente uma pena alternativa, cominada no tipo penal, sem substituir outra, seria efetivamente uma pena? Toda a doutrina que comenta a Lei n. 9714, que introduziu as penas alternativas no Código Penal, refere-se à despenalização. Isto é, substituir pena privativa de liberdade por pena alternativa, evitando o encarceramento.

Aplicar, autônoma e diretamente, a pena alternativa de prestação de serviços à comunidade é, na verdade, despenalizar a conduta descrita no tipo penal incriminador, já que é impossível, em caso de descumprimento, impor pena privativa de liberdade.

Nesse contexto é possível afirmar que o art. 28 despenalizou. As ‘penas’ (medidas educativas) previstas no art. 28 são isoladas, cumulativas, e ainda podem ser substituídas. Entendemos que entre si, e não por outras, a critério do juiz.

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

Assim, as medidas estabelecidas no art. 28 não traduzem sanção própria do Direito Penal. Seriam uma espécie de ‘medida educativa’ alternativa à pena privativa de liberdade (reclusão ou detenção), porém, não são substitutivas dessas, razão pela qual não se pode considerá-las alternativas, porque não substituem pena nenhuma. São a própria cominação do tipo ‘incriminador’.

Nesse contexto, há de se perguntar: E se o agente flagrado pela conduta do art. 28 não aceitar comparecer perante o juiz de plantão, nem perante a autoridade policial? E se o agente também não comparecer ao juizado especial para audiência? E se o agente não aceitar a proposta do Ministério Público (transação penal) para a aplicação das medidas? E ainda, se as aceitar, mas não as cumprir? O que ocorrerá? NADA, absolutamente nada em relação à possibilidade de ser privado de sua liberdade. A única opção do magistrado é a admoestação verbal (é ridículo) ou a aplicação da pena de multa. Sequer pode-se acenar com o crime de desobediência.

E se aplicar a multa como punição pelo não cumprimento das medidas educativas, quem a executará? O Ministério Público não tem legitimidade, pois nem as multas penais pode executar. A Procuradoria Estadual não tem interesse, já que sua destinação é federal. Talvez a Procuradoria da Fazenda Nacional e, nessa hipótese, haverá um óbice em face do piso para a execução fiscal, porque dificilmente um juiz aplicará multa em patamares elevados, tendo em conta a clientela que estará sujeita a essas medidas.

O que é pior, a multa não estaria eximindo o ‘infrator’ do cumprimento das medidas educativas aplicadas, porque ela representa apenas uma medida de coerção para o cumprimento. Assim, o usuário que não cumprir as medidas educativas sofrerá primeiro, uma admoestação verbal do juiz, se ainda persistir em não cumprir, então será multado. Porém a multa não o exime de cumprir a medida imposta. Isso é incompreensível e inaceitável na arquitetura do tipo penal..

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II – multa

A multa, para usuário de drogas pode chegar a 100 dias-multa à razão de 3 vezes o maior salário mínimo, o que representaria hoje um valor de R\$105.000,00. Considerando que o usuário de drogas é, geralmente, pessoa pobre, porque ricos usam drogas em suas mansões ou residências e não são molestados pela polícia, a multa é algo inócuo, sem sentido, porque inexecutável. Drogados pobres vendem objetos de uso pessoal, como roupas e outros utensílios para sustentar o vício. Como é que o juiz vai aplicar-lhes multa? Isso representa um contrasenso, um deboche jurídico.

A conclusão parece óbvia: o legislador deu roupagem ao tipo penal como se crime fosse, estabeleceu ‘medidas educativas’ como se penas fossem, mas deixou claro que o agente flagrado

pelas condutas do art. 28 não poderá JAMAIS perder a liberdade. Há regra procedimental expressa no sentido de que **não se imporá prisão em flagrante para a conduta do art. 28, sendo vedada a detenção do agente** (ver art. 48, § 2º).

Assim, o art. 28 parece um tipo penal, mas não é nem crime nem contravenção, porém cabe ao judiciário adotar as providências para o atendimento imediato do agente envolvido nesse tipo penal. Transformaram o juiz criminal em educador de viciados. Quem sustentar que se trata de um crime, o que é juridicamente viável, haverá de admitir que não há poder de coerção no tipo penal. É uma situação semelhante aos tipos penais que cominam somente pena de multa ao infrator.

Para satisfazer o ego dos defensores que identificam um crime no art. 28 vai o desafio: um viciado foi flagrado pela polícia; é apresentado ao delegado de polícia e lavrado termo circunstanciado, tudo contra a vontade do 'educando'; designada audiência para transação no JEC, o 'educando' não comparece e o Ministério Público oferece denúncia; o juiz designa audiência de instrução; novamente ausente o 'educando'; não pode haver condução coercitiva porque se trata de 'denunciado-réu'; o processo segue a revelia com defensor público; instrução concluída e proferida sentença condenatória; a pena aplicada foi frequência a curso educativo; o 'educando' é intimado, mas não a cumpre. Qual será a providência judicial???

Multa. Ou seja, não há qualquer medida coercitiva para compelir o 'educando' ao cumprimento das medidas educativas. A multa é desprovida de eficácia para viciados. A maioria deles são pessoas sem bens materiais, até porque já venderam tudo que tinham para adquirir drogas e, muitas vezes, até bens dos familiares. Foi uma providência legislativa equivocada ou mal-intencionada. Vai haver muita confusão na interpretação e aplicação do art. 28 da nova Lei de Drogas. Nós sustentamos que houve descriminalização, mas não a liberalização ou legalização das condutas do usuário de drogas.

Em suma, as funções de prevenção e tratamento de viciados são e devem ser do Poder Executivo, consistentes em políticas públicas para amenizar os efeitos nefastos que a disseminação da droga provoca à saúde pública. Todavia, através da presente lei, foi transferido ao Poder Judiciário a tarefa que caberia ao Executivo, com a diferença de que a conduta praticada pelo usuário recebe a denominação de crime e cabe à polícia agir para tirar o viciado da rua e não aos funcionários que originariamente teriam essa função. Cabe ao juiz a tarefa de conselheiro e educador. Os viciados vão debochar ou ridicularizar as providências judiciais e vão exigir que sejam tratados como 'educandos' e não 'acusados', 'indiciados', 'réus', etc. Cuidado com a **discriminação!** Os viciados estão cheios de razão e protegidos contra eventuais abusos das autoridades.

Vislumbramos que os primeiros a desistir de aplicar as 'sanções' aos viciados serão os magistrados, diante de sua absoluta ineficácia e por respeito à própria dignidade da função de julgador. O juiz não pode ser transformado em agente de segunda categoria do Poder Executivo. Depois, certamente, a polícia (militar e civil) começará a mostrar desinteresse na aplicação das providências imediatas contra os viciados, diante da absoluta falta de resultados de sua atuação, bem como da situação constrangedora em que poderá ser envolvida.

Duvidamos que o Judiciário desempenhe as funções administrativas que lhe foram conferidas, no 'tratamento' dos viciados. Isso, porque o legislador não teve a coragem de assumir, perante à opinião pública o verdadeiro objetivo pretendido com relação ao consumo de drogas: a descriminalização. Comodamente, o Legislativo e o Executivo 'lavaram as mãos' quanto ao problema grave do consumo de drogas e deixaram uma verdadeira 'batata quente' nas mãos do Judiciário. Não foi um jogo honesto. O STF não acolheu a tese da *abolitio criminis*,

nem a da *infração penal sui generis*, confirma que se trata de um crime.⁷

7 CONDUTAS TÍPICAS RELATIVAS AO USUÁRIO DE DROGAS

A lei tipifica as condutas de “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Não há tipificação para a conduta usar. O legislador não pode punir essa conduta, porque consiste numa autoagressão da saúde individual. O uso pretérito, quando constatado, não constitui crime, porque o agente não está realizando nenhuma das cinco formas típicas previstas. Exemplificando: sendo constatada a presença de substância entorpecente em exames laboratoriais de rotina, não há falar-se em conduta típica.

Não confundir com a conduta de quem forneceu a droga a uma pessoa, que dela faz uso. Exemplificando com caso concreto: numa festa de adolescentes, um indivíduo fornece gratuitamente cocaína a interessados. Ocorre que duas meninas desmaiam e são levadas ao hospital. Ninguém sabe qual seu problema, mas os exames de laboratório acusam a presença de cocaína. Com esses dados, o caso vai para a polícia, porque os pais querem responsabilizar o traficante que forneceu a droga. É possível a incriminação do fornecedor pelo art. 33, *caput*, e a prova da materialidade será indireta, mas perfeitamente admissível. As duas meninas não responderão pelo art. 28, porque o uso pretérito constitui conduta atípica.

É correto afirmar que o uso de droga não constitui conduta típica, porém, aquele que estiver fazendo uso e for flagrado, “trazendo-a consigo”, estará incorrendo no art. 28. Caso muito comum é o sujeito que está fumando um “baseado” de maconha e é surpreendido por policiais. Duas situações podem ocorrer: ou ele permite a apreensão da bagana (sobra do cigarro, a ‘baba’) e responde por esta quantidade, se o laudo toxicológico for positivo para THC; ou o sujeito engole a bagana acesa, fazendo com que desapareça a materialidade do crime. Nessa situação, pode-se dizer que o agente trazia consigo a substância entorpecente, sendo típica a conduta, mas não há meio de se fazer a prova de que se tratava efetivamente de substância

⁷ A Turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou abolição criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da Lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal sui generis, pois esta posição acarretaria sérias conseqüências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a novel lei criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas”. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorreria tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em conseqüência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário. RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. (RE-430105) Publicado no informativo 456 do STF.

entorpecente. Portanto, não responderá pelo crime.

Adquirir significa obter a posse da droga mediante compra ou troca, realizada a título oneroso (com pagamento) ou gratuito. É necessário que ocorra a tradição, sob pena de não se consumir a conduta. Exemplificando: numa “boca de fumo”, o agente, pretendendo adquirir a droga, dá o dinheiro ao traficante, mas este não está com a mercadoria em seu poder e se desloca para buscá-la. Enquanto a droga não for entregue ao adquirente não se pode falar em consumação, até porque ela pode não existir ou pode ser entregue algo que não seja entorpecente. Assim, embora iniciada a execução do “adquirir” sua consumação só estará perfeita com o efetivo recebimento da droga.

Guardar significa conservar, manter, vigiar com o fim de defender, proteger ou preservar a droga, tendo, evidentemente, a posse à distância porque, se estiver com a droga em seu poder físico direto, estará o agente trazendo-a consigo, que é outra forma típica.

Ter em depósito é ter um estoque da droga, com o intuito de retenção. Não é necessário ser o proprietário da droga, a conduta pode ser realizada por pessoa que apenas tem o espaço físico, mas também pode ser do próprio usuário. O depósito traz a ideia de armazenamento e perfectibiliza a situação de crime permanente. Não é necessário que o agente esteja junto ao tóxico, mas é exigível a comprovação da destinação da droga, se para uso pessoal que o agente não está guardando, mas tem verdadeiro depósito, o que quer dizer quantidade significativa, desde que compatível com a situação de uso pessoal. Exemplificando: um agente pode ter em depósito 150g de maconha e ser usuário de drogas. A dificuldade será estabelecer um limite de quantidade, porque é perfeitamente possível que um usuário contumaz de maconha, por exemplo, tenha em depósito, para uso pessoal, 200, 300, 400 gramas de droga. O que vai distinguir a conduta do tráfico é a destinação da droga e não a sua quantidade. Essa somente indicará tráfico se for incompatível com a situação de usuário, como por exemplo, ter em depósito 17kg de maconha.

Esse verbo nuclear não deveria ter sido incluído no art. 28. Foi um erro e levará a inúmeras injustiças, por se tratar de uma condição subjetiva (elemento subjetivo do tipo) de quem alega e outra de quem vai interpretar o fato. Não provado, pelo Ministério Público, a intenção de traficância, o juiz desclassificará o crime para o art. 28.

Transportar foi um verbo que faltava ao art. 16, da antiga lei de Tóxicos (nº 6.368/76). Situação muito comum, em blitz de via pública, em que o agente está com a droga no interior do veículo, mas é para uso pessoal. Exige-se que a droga esteja embarcada num veículo e não esteja junto ao corpo do agente. Também pode ser considerado ‘transporte’ a conduta que quem carrega droga dentro de mala ou bolsa.

Trazer consigo indica o porte da droga, a sua posse direta junto ao corpo ou em objetos que estão em seu poder direto, como uma sacola, mala, carteira, bolso, etc. Assim, quem traz consigo a droga e, com a presença de policiais a dispensa (jogando-a fora), continua na sua posse, estando a praticar conduta típica. Idêntica situação ocorre com quem está fazendo uso da droga.

A lei não pune a conduta “usar”, mas para realizar esse comportamento, é necessário trazê-la consigo. Assim, a tipicidade é retratada por “trazer consigo” e não por usar. Quem usa droga não pode ser punido. Dessa forma, se o agente está “chapado”, porque acabou de ingerir droga, nada pode ser feito, porque se trata de uso pretérito de substância entorpecente.

Também não se pode obrigá-lo a fornecer material do próprio corpo para fazer exames, já que se trata de produzir prova contra si próprio, o que a CF/88 não autoriza, em face do

garantia constitucional do “nemo tenetur se detegere”.

Não se deve confundir com a hipótese em que o agente “dispensa” a “bagana” (a sobra do cigarro de maconha, onde está a brasa). Essa pequena quantidade de droga pode ser objeto da responsabilidade penal, por trazer consigo.⁸ Todavia, geralmente se trata de quantidade absolutamente insignificante, tendo incidência o princípio da bagatela, porque essa quantidade não tem o condão de colocar em perigo o bem jurídico tutelado pelo legislador (saúde pública).

Não devem os órgãos de repressão preocuparem-se com as condutas que não apresentam relevância social, mas sim com a traficância. É histórica, no Brasil, a preocupação com os usuários de droga, porque são pessoas que não oferecem dificuldades à ação policial, diferentemente dos traficantes, que a polícia prefere não perseguir, em face do risco que representa a ação, ou até porque o traficante corrompe o organismo policial. É ridículo perseguir viciados, os quais necessitam de ajuda do Estado (tratamento), mas não de cadeia. É o mesmo procedimento dispensado ao “jogo-do-bicho”. Quando a polícia prende alguém, trata-se de apontador, ou arrecadador, mas jamais será objeto da ação policial o banqueiro do bicho, único responsável pela existência do referido jogo.

Na edição anterior da obra, sustentávamos, pela necessidade de descriminalização das condutas do usuário de drogas, por se tratar de um doente, ou seja:

Viciados devem merecer a atenção estatal, no sentido de proporcionar-lhes oportunidade para abandonar a dependência, mas não mediante ameaça da pena. Correta, portanto, a opção do legislador da 10.409/02 ao não estabelecer pena para o usuário de droga. Lamentavelmente, a norma penal foi vetada e os organismos policiais continuam voltados ao “combate” do vício, quando deveriam direcionar suas atividades às fontes do mal, ao tráfico. Tão ridícula quanto a ação policial é a atuação do Judiciário e do Ministério Público, que aplicam sanções aos dependentes de droga.

O Rio Grande do Sul é pioneiro no programa “Justiça Terapêutica”, que tem por objetivo conscientizar o agente flagrado pelo antigo art. 16, da antiga Lei de Tóxicos (6.368/76), para sujeitar-se ao tratamento, em substituição ao processo penal, para aplicar sanção. Era verdadeira pena alternativa porque, se o agente não cumprisse com o acordo, o processo prosseguia e seria possível resultar condenação à pena privativa de liberdade.

O usuário estava sujeito a uma pena de 06 meses a 2 anos de detenção, mais multa. Se viesse a ser condenado, o juiz não poderia substituir a pena privativa de liberdade por multa, ainda que dentro do parâmetro admitido pelo CP, art. 44, § 2º, conforme entendimento sumulado pelo STJ: “Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defesa a substituição da prisão por multa” (Súmula 171).

Antes de se chegar à condenação, era preciso verificar outras alternativas: a) em razão da Lei nº 10.259/01, trata-se de crime de menor potencial ofensivo, cabendo, portanto, transação penal, como forma de evitar a ação penal.

Mesmo preso em flagrante, o agente não necessitava pagar fiança, porque a lei prevê a liberação compulsória após a lavratura do termo circunstanciado, apenas com a exigência de comparecimento ao juizado especial no dia da audiência preliminar; b) não aceita a transação penal e, havendo denúncia, cabia a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89,

⁸ Tóxico. Uso próprio. Prova. Materialidade demonstrada e réu confesso. Condenação impositiva, mas com reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Provimento do apelo defensivo exclusivamente para redução da pena em face dessa atenuante (TJRS, 2ª Câmara Criminal, AC 70001639814, Santa Maria).

da Lei nº 9099/95. Em caso de condenação, dificilmente o usuário cumpriria pena de detenção, na medida em que cabível a substituição da pena de detenção por restritiva de direitos, ou ainda o 'sursis' da pena.

Tudo isso, agora, não é mais possível, porque o agente flagrado com droga para consumo pessoal vai relutar em não aceitar qualquer tipo de medida (pena alternativa), em face da ausência de coerção para o seu cumprimento. A multa, como 'pena' pelo descumprimento, não intimida, em face da impossibilidade de sua execução, notadamente em se tratando de viciado pobre.

Apenas a título de curiosidade, sustentávamos a inconstitucionalidade do art. 16, da antiga lei de Tóxicos (nº 6.368/76), conforme transcrito abaixo, nas duas edições anteriores da obra.⁹ A punição do usuário de drogas sempre foi algo obsessivo pelo legislador e do próprio Judiciário. Dificultava-se a aplicação do princípio da insignificância, por se tratar de crime de perigo presumido. Agora, o novo posicionamento legislativo, frente às condutas do usuário instiga à pergunta quanto ao posicionamento da jurisprudência, na medida em que sempre se entendeu por punir o viciado, mesmo se a quantidade era insignificante, conforme se depreende de recentes decisões do STJ:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. TÓXICOS (ART. 16 DA LEI Nº 6368/76). PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PERIGO PRESUMIDO. I – O delito previsto no art. 16 da Lei de Drogas é de perigo presumido ou abstrato, possuindo plena aplicabilidade em nosso sistema repressivo. II – O princípio da insignificância não pode ser utilizado para neutralizar, praticamente in genere, uma norma incriminadora. Se esta visa as condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo tóxico para exclusivo uso próprio é porque alcança, justamente, aqueles que portam (usando ou não) pequena quantidade de drogas (v.g., “um cigarro de maconha”), visto que dificilmente alguém adquire, guarda ou traz consigo, para exclusivo uso próprio, grandes quantidades de tóxicos (v.g., arts. 12, 16 e 37 da Lei n- 6.368/76). A própria resposta penal guarda proporcionalidade, no art. 16, porquanto apenado com detenção, só excepcionalmente e, em regra, por via da regressão, poderá implicar segregação total (v.g. art. 33, caput, do Código Penal). Recurso desprovido.

(RESP 612064-MG; RECURSO ESPECIAL 2003/0217986-3 Relator Ministro FELIX FISCHER, Órgão Julgador T5 – QUINTA TURMA; Data do Julgamento

⁹ **A (in)constitucionalidade do art. 16 da Lei nº 6.368/76:**

A razão jurídica implícita no artigo 16 da lei é a caracterização do perigo social que esta conduta representa. Costuma-se presumir que o usuário, detentor da droga, mesmo sem tê-la consumido, coloca a saúde pública em perigo, pois torna-se um fator decisivo na difusão/distribuição dos tóxicos.

Recente proposta de alteração legislativa pretende estabelecer medidas alternativas para os usuários de drogas. Em vez de prisão em flagrante e processo criminal, a proposta estabelece medidas alternativas em sede de JEC, tais como: submeter-se a tratamento, freqüência a cursos etc. O dependente de droga não merece sanção penal, mas ajuda do Estado, porque é um doente. A pena somente colabora para aumentar o interesse e a difusão da droga.

Predomina nos tribunais pátrios o entendimento de que o art. 16 não padece de vício de inconstitucionalidade, na medida em que o Estado busca evitar, de qualquer forma, a disseminação da droga, buscando proteção à saúde pública. A norma possui interesse social e por esta razão não afronta a garantia constitucional da liberdade individual.□ Sob o ponto de vista do direito à privacidade, a jurisprudência também consagrou posição de que o interesse pessoal – intimidade e privacidade – não pode ser oponível ao interesse coletivo de proteger a saúde pública.□

Punir o usuário de drogas é característica de normas de direito penal máximo, que buscam o castigo como forma de controle social, diante da falência dos mecanismos de repressão ao tráfico. É mais fácil condenar um viciado do que um traficante. Para a “teoria das janelas quebradas” é importante não deixar nada impune, todavia é bom lembrar que o império dos traficantes, instalando verdadeiros Estados Paralelos, já não é mais uma janela quebrada, mas a destruição de toda a fachada do prédio. Ou seja, é a derrocada do sistema de repressão.’

01/06/2004; Data da Publicação Fonte DJ de 01.07.2004 p.00273)

No mesmo sentido: RESP 525684-RS, DJ DATA: 23/08/2004, p. 266; RESP 512606-RS, DJ de 01/07/2004, p. 255: HC 11442-RJ, RESP 290447-MG (JBC 40/245); RHC 9483-SP (RDTJRJ 45/109).

O Judiciário brasileiro, com nítida matiz conservadora, sempre condenou os usuários de drogas, ainda que flagrados com quantidades insignificantes. Agora, com a nova regulamentação para o usuário, o que farão os Magistrados, quando lhes foi reservado um papel de 'educadores'? Deverão advertir sobre os efeitos da drogas, admoestar o viciado em caso de não cumprimento das medidas educativas de frequentar curso ou de prestar serviços à comunidade.

Tudo muda agora, porque a norma do art. 28 não possui poder de coerção suficiente para compelir o usuário a cumprir o que foi transacionado, e sequer a aceitar a proposta do Ministério Público.

Temo pelo espetáculo policiaisco de 'prender em flagrante', embora sem lavrar auto de prisão, mas apresentado o viciado incontinentemente ao Juiz ou, na ausência deste, lavrar TC perante a autoridade policial. Os órgãos de persecução vão tratar as condutas dos usuários como se crimes fossem e o Judiciário vai ficar com a 'batata quente' na mão. As condutas constituem crime ou não? Se sim, qual a coerção para o cumprimento das medidas?

Se o usuário da droga não aceitar qualquer medida proposta, a solução do Juiz é a multa, de natureza administrativa, porque não é multa penal e, ainda que fosse, sua execução não será procedida pelo Ministério Público nem pela Procuradoria Estadual. Vai ser o caos. Tememos que o dispositivo legal não tenha efetividade e que a lei caia no descrédito.

8 USUÁRIO QUE SEMEIA OU CULTIVA PLANTAS PARA CONSUMO PESSOAL

Art. 28 ...

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Houve um avanço legislativo, embora pouco significativo. Sempre apregoávamos que condenar usuário de drogas que cultivava plantas para seu consumo pessoal era ridículo, na medida em que se equiparava o grande plantador, traficante, com um infeliz (sempre pobre) que cultivava um ou dois arbustos de maconha para consumo pessoal. Sustentávamos que era evidente no tipo penal, ao referir-se a plantas, no plural, que a conduta somente era típica diante de razoável quantidade de plantas. Todavia, era um posicionamento que não encontrou eco na jurisprudência.

Agora, o legislador fez a distinção, tipificando a conduta no art. 28, semelhante às condutas do usuário, as quais estão relacionadas a drogas.

O tipo penal contém 03 condutas: semear, cultivar e fazer colheita de plantas destinadas à **preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica**.

Semear significa colocar as sementes no solo para germinação. Embora seja crime instantâneo, tem efeitos permanentes, porque enquanto as sementes não germinarem, encontram-se semeadas, e o agente poderá responder pelo crime, ainda que não caracterizada a situação de flagrância. Conforme já exposto, no caso de sementes de 'cannabis sativa' (maconha), elas

podem conter o princípio ativo THC (tetrahydrocannabinol) e, nesse caso, se o agente for flagrado transportando ou trazendo consigo as ditas sementes, responderá pelo art. 28, por se tratar de substância entorpecente para uso pessoal. Todavia, a posse, o transporte ou a guarda de sementes de plantas que vão originar droga não configura crime, porque o legislador valeu-se de apenas um único verbo relacionado com sementes. Uma vez lançadas as sementes na terra, a questão deve ser resolvida no art. 28, § 1º, e não no *caput*.

Cultivar significa dedicar cuidados à planta já germinada, dando-lhe água, fertilizante, etc., para que possa se desenvolver. A conduta em tela constitui crime permanente, e todas as pessoas ligadas ao cultivo das plantas são partícipes ou co-autoras do crime. Evidentemente que, havendo desconhecimento quanto à natureza da planta, a conduta seria atípica por erro de tipo invencível, desde que as circunstâncias autorizassem concluir nesse sentido. É o caso, por exemplo, de quem cultiva, num vaso, uma planta e depois toma ciência de que se trata de “cannabis”. Não é o caso de quem cultiva várias plantas e está “cuidando” das plantas para terceiro, mediante remuneração e sigilo sobre a sua natureza.

Fazer a colheita é colher os frutos ou as folhas ou toda a planta para dar destinação à produção, preparação ou fabricação da droga.

O termo **pequena quantidade** deve ser considerado em cada caso concreto. Assim, uma, duas ou três plantas podem ser consideradas de pequena quantidade. Vai depender muito das circunstâncias do fato, das condições em que se desenvolveu a ação criminosa, a qualificação e os antecedentes do agente. Embora o agente cultive apenas três plantas, mas retire as folhas para fazer cigarro que fornece a terceiros, então, a conduta é de traficância.

A Lei n. 11.343/2006, em seus arts. 2º, § único, 31 e 32, contém disposições específicas quanto ao plantio, cultura, colheita e exploração de todos os vegetais e substratos dos quais possam ser extraídos produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causam dependência física ou psíquica. O artigo 32, e seu § 1º, também autoriza a destruição das plantações ilícitas pelas autoridades policiais, mediante prévia autorização judicial, ouvido o MP, e será executada com a presença de representante do MP e autoridade sanitária competente. Evidentemente que, nessa hipótese, deverão ser recolhidas amostras para exame pericial, lavrando-se auto circunstanciado à fim de preservar a prova.

Apenas para ilustrar, mas por ser pertinente para compreender como era a sistemática pela antiga Lei de Tóxicos (6.368/76), transcreve-se parte do texto em que comentávamos a incoerência das decisões judiciais. Observe-se que predominava o radicalismo com relação às plantas, ainda que apenas uma só e para consumo próprio:

Situação controvertida é a conduta de quem cultiva para uso próprio, uma ou duas plantas, muitas vezes nas sacadas de apartamentos ou em pequenos jardins. A Lei n. 6368/76 não tipifica a aludida conduta. Para contornar o problema, surgiram três correntes jurisprudenciais: uma sustenta a conduta de tráfico, conforme prevê o art. 12, § 1º, inc. II. É atualmente a posição mais aceita, em que pese o exagero da pena, porque o agente na verdade não pretende traficar, apenas cultiva a planta para seu próprio uso.

Outra, a mais coerente, sustenta a atipicidade da conduta, na medida em que não existe previsão legal para a referida conduta, uma vez que o art. 16 só contém 03 verbos (adquirir, guardar e trazer consigo).

A terceira posição, também bastante aceita, combina dois tipos penais, utilizando o argumento falacioso da analogia “in bonam partem”, afirmando que a tipificação da conduta está no art. 12, § 1º, inc. II, porém a pena a ser aplicada haverá de ser a do art. 16 (RT 515/386, 598/321 e 623/291; RJTJSP 109/452 e 456). Esta solução e a primeira são próprias do direito penal máximo, buscando

uma sanção a qualquer custo, ainda que a lei não preveja a tipificação.

Iguala-se quem cultiva milhares de pés com aquele que não representa perigo à saúde pública ao cultivar quantidade para uso próprio. Conforme o STJ e o TJRS, quem cultiva está sujeito às sanções do artigo 12, da lei 6368/76, independentemente da destinação da droga. Veja esse caso recentíssimo que, pela total ausência de análise da culpabilidade do agente, no caso concreto, condenou um mecânico de Minas Gerais, que deverá ficar preso durante três anos, por ter cultivado três pés de maconha em sua casa.

A decisão foi da Quinta Turma do Superior de Justiça (STJ), que acolheu recurso do Ministério Público de Minas Gerais contra decisão, diminuindo o tempo de prisão para o mecânico. Em novembro de 2000, alguns militares de Montes Claros (MG) apreenderam três pés de maconha de 50 centímetros na casa do mecânico José Oliveira. Ele as cultivava em uma vasilha de plástico. Após conhecimento do fato, o Ministério Público de Minas Gerais ofereceu denúncia, pedindo a sua condenação. O mecânico, por sua vez, se defendeu alegando inexistência de dolo e pediu a desclassificação da figura de crime de porte de entorpecentes para uso próprio. Porém, a primeira instância não acolheu a tese pelo fato de o mecânico ter semeado e cultivado as sementes, sabendo que elas eram de maconha. O Juiz ressaltou também a não existência de plantação para uso próprio e sim para o tráfico de entorpecentes. Assim, ele foi condenado a três anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Inconformado, o mecânico apelou ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), afirmando não ter nenhuma relação com o tráfico de drogas. “Para fins de se classificar o cultivo de maconha como destinado a traficância ou a uso próprio, deve o magistrado levar em conta a quantidade da substância, o local onde ela foi encontrada e, especialmente, a conduta e os antecedentes do agente”, alegou a defesa de José. O Juízo de segundo grau considerou que “na dúvida sobre se o agente cultivava pequena quantidade de pés de maconha com a finalidade mercantil ou para uso próprio e inexistindo prova da efetiva traficância, impõe-se a desclassificação do delito para o artigo 16 da lei 6368/76 e beneficia-se o réu”. A pena foi reduzida, então, para seis meses. O Ministério Público recorreu ao STJ enfatizando que o TJMG não levou em consideração a finalidade da droga e, por isso, a decisão precisava ser reformulada. “Quem cultiva está sujeito às sanções do artigo 12 da lei 6368/76, independentemente da destinação da droga”, sustentou o MP. O ministro Felix Fischer, relator do processo, deu provimento ao recurso para que fosse restabelecida a decisão de primeiro grau. Eis a ementa do julgado: “A 5ª Turma do STJ confirmou sentença condenatória por tráfico de drogas de réu que cultivou apenas três pés de maconha de 50cm em uma vasilha de plástico, sob o argumento de que a lei de tóxicos, ao incriminar o cultivo, não faz distinção quanto à destinação da droga.

O dissídio pretoriano deve observar as exigências previstas no arts. 255 do RISTJ e 541 do CPC c/c o art. 3º do CPP. II – O tipo subjetivo, no caso do art. 12 § 1º, inciso II da Lei de Tóxicos (“semeia”, “cultiva” etc.) é congruente ou congruente simétrico, esgotando-se no dolo. Despiciendo, aí, o especial fim de agir. Recurso conhecido pela alínea “a” e provido” (STJ, 5ª Turma, RESP 422508/MG, rel. Min. Felix Fischer, j. 20/03/2003, DJ 14/04/2003, p. 00242). A 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, do Estado do Rio Grande do Sul, adotou o mesmo injusto e totalmente formal posicionamento do STJ, quando firmou, o entendimento de que a mera plantação de pés de maconha – Cannabis Sativa – é crime previsto na Lei n.º 6.368/76, que trata das medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes, ou que determinem dependência física ou psíquica. Eis a síntese do fato e do processo. R.L.A. e J.R.M. recorreram da decisão da Justiça de Santa Maria que os condenou a quatro anos de reclusão, em regime inicialmente

fechado, e multa de R\$ 1.250,00, e um ano de detenção, e multa de 1/3 do salário-mínimo, respectivamente. R.L. recorreu salientando a insignificância do fato. Solicitou a desclassificação do crime ou a alteração da pena e do regime de cumprimento. J.R. argumentou que falou a verdade, não havendo intenção de comércio, pretendendo a desclassificação para ser incurso na previsão de apenamento por adquirir, guardar ou trazer consigo a droga ou então o regime aberto e pena mínima.

Em 18/01/2001, ambos os réus foram flagrados cultivando três pés da planta destinadas à preparação de entorpecentes em terreno arrendado na área rural de Santa Maria. Para a Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos, relatora da apelação criminal, os dois réus não negaram ter plantado os três pés de maconha para uso próprio. “Rigorosamente para a conduta no artigo 12, § 1º, II, basta que o réu cultive cannabis sativa; desnecessária a fixação da finalidade, se para venda ou para uso próprio”, afirmou a magistrada. Esse dispositivo criminaliza o ato de semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica. Esclareceu a Desembargadora que, evidenciando-se o uso próprio do produto apreendido, o infrator teria desclassificado o crime para um de menor penalização. No entanto, se também apreendida a planta, corrente jurisprudencial expressiva segue a linha da atipicidade, deixando impune a conduta. Ela discorda dessa posição, pois “não é coerente porque deixa impune conduta rigorosamente afrontosa ao inciso art. 12, § 1º, inciso II da Lei nº 6.368/76”. Acompanharam o voto da Relatora Elba Aparecida Nicolli Bastos, os Desembargadores Danúbio Edon Franco, quem presidiu a sessão, e Newton Brasil de Leão, quando julgaram a Apelação Criminal (70005005632.)

É majoritária a corrente que incrimina no art. 12, § 1º, inc. II, a conduta de cultivar mais de uma planta, ainda que seja para uso próprio. É bem verdade que se deve fazer distinção entre quem cultiva uma única planta para uso próprio das demais hipóteses, porque a lei contempla a palavra “plantas” no plural e não estaria incriminando a conduta relacionada a apenas uma planta. Seria violação ao princípio da reserva legal, ao entender que a lei, quando previu o plural, também englobou o singular. É insustentável a tipicidade para o cultivo de uma planta destinada à produção de substância entorpecente.

Observa-se um recrudescimento da jurisprudência no que tange ao cultivo de poucas plantas (uma, duas ou três) para uso próprio, firmando-se o entendimento de que a conduta é típica no art. 12, § 1º, II, portanto incide a pena do caput do art. 12, que prevê reclusão de 03 a 15 anos. A medida é injusta e extrapola os limites constitucionais, na medida em que não há tipificação da conduta “cultivar para uso próprio”.

É injustificável a condenação do agente que cultiva apenas uma planta de maconha, por exemplo, para uso próprio, visto que o tipo penal exige o plural plantas. Isto é, se a elementar do tipo está no plural, o singular não pode ser admitido para caracterizá-lo. É impossível afirmar que a conduta de alguém que cultiva apenas uma planta possa ser nivelada com a daquele que está envolvido com muitas. Fica evidente no tipo que se deve tratar de plantação (várias plantas). Infelizmente o radicalismo e o preconceito neste tema são muito fortes e protagonizam decisões de grotesca injustiça.

Felizmente, a correção veio a tempo. Quem foi condenado como nas hipóteses acima descritas tem direito a rever sua situação processual. Trata-se de **novatio legis in mellius**, portanto, com efeito retroativo.

Entendemos que a medida cabível é a revisão criminal, na medida em que a situação depende do contexto probatório para verificar se, efetivamente, a conduta relacionada com as plantas era para consumo pessoal. A princípio, o parâmetro preponderante é a quantidade de plantas (uma, duas, talvez três) e que não haja prova no sentido de que se destinavam para traficar. Se o réu foi condenado e na sentença consta que não existe o tipo penal para consumo

próprio, então esse é um caso claro de revisão criminal.

9 TRANSAÇÃO PENAL E O USUÁRIO DE DROGAS

As condutas, cuja tipificação se deu no art. 28, e que forem objeto de transação penal, não podem mais ensejar oferecimento de denúncia, na medida em que a transação homologada pelo juiz faz coisa julgada material, visto que as medidas que seriam possíveis de se aplicar, em sede de transação penal, são as mesmas para uma eventual sentença condenatória. Assim, uma vez transacionada a conduta, a prestação jurisdicional está encerrada, cabendo apenas a execução das medidas.

Se o autor do fato descumprir o acordo da transação, é impossível o oferecimento de denúncia, porque o resultado que se poderia obter no processo crime é o mesmo da transação.

Considerando que o art. 28 não tem força coercitiva, porque as medidas que podem compelir o usuário ao cumprimento do acordado ou do aplicado em sentença condenatória são a admoestação verbal ou a multa. Ou seja, o juiz não possui muitas opções para obrigar ao cumprimento das 'penas' ou das medidas aplicadas e não se pode substituí-las por nenhuma outra, visto que se trata de penas determinadas e não alternativas a serem escolhidas.

10 TRAFICÂNCIA NA FORMA SIMPLES: ANÁLISE DOS ELEMENTOS OBJETIVOS DO TIPO PENAL

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O art. 33 é considerado o crime de tráfico de entorpecentes, embora o legislador não lhe tenha atribuído este "nomen juris", consta do Título V – **tráfico ilícito de drogas** - da Lei nº 11.343/2006. Assim, as condutas descritas no art. 33, 'caput' até o art. 37, são consideradas crimes de tráfico de drogas.

Estupidamente, o legislador inseriu no mesmo capítulo do tráfico de drogas um crime culposo (art. 38, consistente em prescrever ou ministrar culposamente...). E não parou aí, inseriu mais um crime no art. 39, que trata de pilotagem de aeronave ou embarcação sob o efeito de drogas. Esses dois crimes nada têm a ver com tráfico de drogas, embora constem, indevidamente, no capítulo do crimes de tráfico.

Também não foi consignada, no tipo do art. 33, a idéia de mercancia ou destinação da droga a terceiro.¹⁰ O crime se perfectibiliza ainda que a droga seja fornecida de forma gratuita ao consumidor. Trata-se de perigosa técnica legislativa em face da não exigência de elemento subjetivo. Isso, porque a forma privilegiada de tráfico do § 3º, do art. 33, contém apenas um único verbo, consistente em 'oferecer' droga para consumir entre amigo. Assim, não se destinando a droga para consumo pessoal do usuário, a hipótese é de tráfico.

¹⁰ "A noção legal de tráfico de entorpecentes não supõe, necessariamente, a prática de atos onerosos ou de comercialização" (STJ, HC 69.806/GO, rel. Ministro Celso de Mello, DJ 04/6/93).

Qualquer conduta que encontre adequação nos arts. 33 a 37 pode ser considerada traficância. Diverso é o tratamento penal do usuário de drogas.¹¹ É uma técnica estúpida de legislar, porque a traficância é um requisito que depende de prova da destinação da droga para terceiro, embora não conste do tipo. Com isso, o legislador nivelou todas as pessoas que tenham qualquer vínculo com drogas, que não se destine para consumo pessoal. Com o intuito de resguardar o princípio da reserva legal e todos os seus desdobramentos e, interpretando a lei de forma sistemática, conclui-se que traficância contém um elemento subjetivo implícito. A peça acusatória deve mencionar essa situação de destinação a terceiros, sob pena de inépcia e, caso não fique comprovada, poderá restar desclassificada a conduta para o art. 28.

A conduta de traficar significa realizar qualquer dos 18 verbos descritos no artigo 33, com o objetivo de destinação da droga a terceiro. O tipo subjetivo se esgota no “*dolus naturalis*”. Assim, o fornecimento gratuito de droga a terceiro constitui tráfico do art. 33, ‘caput’, não importando se há ou não intuito de lucro na conduta.¹² A única opção seria a forma privilegiada do § 3º, porém, essa contém apenas um verbo nuclear (oferecer).

A lei nivelou no mesmo tipo o traficante que explora a mercancia, cuja ação é lesiva à coletividade de uma forma grave, com pequenas condutas insignificantes, as quais não têm o condão de produzir a mesma lesividade. O tráfico também pode ser atribuído a quem tem autorização para vender droga controlada, como é o caso das farmácias. Assim, o farmacêutico pode traficar, caso venha a vender medicamentos sujeitos à retenção da receita (tarja preta ou vermelha) no caso de não exigir e reter a mesma, notificando o órgão público de saúde competente. O mesmo pode ser dito em relação à indústria de medicamentos (drogas), se a produção não tenha sido autorizada, ou se a comercialização for realizada em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Para reconhecer a traficância deve-se levar em consideração não só a quantidade de droga envolvida no evento, mas um conjunto de circunstâncias, nos termos do art. 28, § 2º (definição da conduta de consumo) e do art. 52, inc. I (justificativa da autoridade policial para a classificação do delito: observar a natureza da droga, produto ou substância apreendida, o local ou as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente). Volta-se a insistir que a quantidade de droga, apreendida em poder do agente, é apenas um dos parâmetros, mas não o único para a classificação do delito. A análise desses elementos permitirá concluir pela existência ou não da conduta de tráfico.

A Suprema Corte já reconheceu que, embora pequena a quantidade de droga fornecida a

¹¹ “Réu denunciado por traficância que terminou condenado pela hipótese do art. 16 da Lei n- 6.368: Se o réu, preso em flagrante, admite que tinha em guarda certa quantidade de “cocaína” e de “maconha”, acondicionadas em pacotinhos, mas nega ser viciado, usuário ou simples experimentador da droga, evidente que a espécie delitual ocorrente não pode ser a de posse para uso próprio. A circunstância de haver o flagrado entregue, espontaneamente, três “trouxinhas” da substância que guardava em seu dormitório, não empalidece e nem desautoriza a conclusão de que a parte maior, meio “tijolo” de cocaína, escondido no veículo pertencente ao acusado, teria destinação mercantil. Apelo ministerial provido. Reclassificaram o fato como tráfico ilícito de substâncias entorpecentes” (TJRS, AC 695160432, 1ª Câmara Criminal, rel. Des. Luiz Felipe Vasques de Magalhães, j. 07.08.96, unânime).

¹² STJ, RESP 172969/MG, DJ 29/6/99, p. 136.

terceiros, não há como afastar o tráfico.¹³ Muitas vezes, a quantidade de droga é tão grande que dispensa comentários. É a hipótese de apreensão de 1.150 kg de maconha transportada, num caminhão. Há um preconceito no meio policial sobre a quantidade. Às vezes, o usuário de droga traz consigo mais de uma dose, sendo preso ao acaso e, mesmo assim, a autoridade faz a tipificação no art. 33, levando em conta apenas a quantidade da droga. Trata-se de um equívoco, porque o ônus de provar do tráfico é de quem acusa, exceto nas grandes quantidades. Muitas vezes, a posse de apenas uma dose de droga pode ser uma conduta de tráfico, enquanto a posse de algumas doses pode ser para consumo pessoal.¹⁴

Supondo-se a hipótese de alguém que vai passar férias numa ilha e leva na sua bagagem, para uso próprio, 50 cigarros de maconha. Se for preso pela polícia, evidentemente será enquadrado no art. 33 e tratado como traficante, só que a polícia não possui nenhum elemento de prova, além da quantidade, para afirmar que se trata de tráfico. Assim, a pergunta que não quer calar: quais são as circunstâncias, além da quantidade, que indicam com segurança tratar-se de um traficante, considerando que a prisão foi feita ao acaso, numa revista de rotina?

Ora, o tráfico não se presume, prova-se, demonstra-se com elementos circunstanciais. A quantidade é apenas um parâmetro. Em razão disso, fica o alerta para o perigo do excesso acusatório. Quem deve provar a traficância é o órgão de persecução penal. Só assim, evitar-se-á a prática de grandes injustiças contra viciados, que são pessoas doentes e necessitam de ajuda do Estado, mas não de “tratamento prisional”.

Cabe ao juiz avaliar, no caso concreto, a necessidade de uma resposta penal adequada. Há um exagero punitivo para condutas que não significam efetivamente a **traficância**, ou se trata

¹³ A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente a droga e a conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica ou que gera dependência física ou psíquica. A cessão gratuita de substância entorpecente (cloridrato de cocaína) equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes, que constitui objeto de previsão legal, constante do art. 12, da Lei nº 6.368/76. A condenação penal pelo crime de tráfico não é vedada pelo fato de ser também o agente um usuário da droga. – Não descaracteriza o delito de tráfico de substância entorpecente, o fato de a polícia haver apreendido pequena quantidade do tóxico em poder do réu. O “habeas corpus” constitui remédio processual inadequado para a análise da prova, para o reexame do material probatório produzido, para a reapreciação da matéria de fato e, também, para a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento (STF, 1ª Turma, HC 74420/RJ, rel. Min. Celso Mello, DJ 19/12/96, p. 51.768. Ver também: HC 69.806, HC 68.677, HC 68.974 e HC 68.958).

¹⁴ Uma quantidade razoável de tóxico pode não estar vinculada ao tráfico. Essa, necessariamente, para autorizar a condenação nos termos do art. 12, da Lei nº 6.368/76, deve estar acompanhada de um somatório convincente de outras provas, as quais indiquem queira o agente dar outra destinação que não o uso próprio. O critério da simples análise da porção apreendida é simplista e precário. Apelo parcialmente provido (TJRS, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal 694104753, rel. Des. Moacir Danilo Rodrigues). Exigir-se, como regra, prova da finalidade comercial da maconha apreendida (independentemente da quantidade), em poder do agente, para tipificar o delito do art. 12, da Lei de Tóxicos. É inviabilizar o combate ao tráfico, deixando a sociedade desprotegida e, ao mesmo tempo, abrir comportas à disseminação das drogas. (RJTJRS, 128/161). O privilegiamento do uso próprio não se compadece com quantidade expressiva (RJTJRS 122/107). A circunstância de ser pequena a quantidade de maconha, encontrada em poder do réu, não prejudica a tipicidade do crime previsto no art. 16, da Lei de Tóxicos. Tem sido essa a orientação dominante nesse egrégio Tribunal de Justiça (RJTJRS, 143/58) e no Supremo Tribunal Federal (RE 109.553-9 – rel. Min. Oscar Correa, mesmo sentido, LEX 16/2002). Isto porque o referido artigo não distingue, para fins de configuração do delito, a posse de quantidade maior ou menor de maconha. A tipicidade está ligada às propriedades da droga, ao perigo social e proteção da saúde pública, e não à lesividade comprovada em cada caso concreto (RJTJRS 150/197). O bem jurídico que tutela é a saúde pública. Sua preocupação não é a de evitar os males causados pela droga àqueles que a consomem, mas o de evitar o risco à integridade social que os entorpecentes acarretam. É crime de perigo comum, presumido em caráter absoluto, bastando a realização de uma das condutas proibidas. Assim, o tema é pacífico, a posse de pequena quantidade mas que permita o fazimento de um cigarro ou sua utilização em maricas, caracteriza o delito de portar ou guardar entorpecente para uso próprio (RJTJRS 150/197 e 235).

de 'tráfico sem repercussão social'. É o caso, por exemplo, da agente (mulher) que leva nas suas entranhas uma pequena quantidade de drogas para seu companheiro que está preso, eis que é viciado (não é para o preso traficar dentro das celas, porque necessita de mais quantidade e essa droga entra sem problemas nos presídios). No caso, a lei prevê pena mínima de 5 anos de reclusão, mais a majorante de 1/6 a 2/3 (art. 40, III), o que, a nosso ver, caracteriza um excesso punitivo, já que essa pena será maior do que a imposta àquele que foi flagrado transportando duas toneladas de cocaína.

Assim, apesar das formas privilegiadas de tráfico, a mudança foi pífia, porque as penas foram significativamente majoradas no art. 33, 'caput', e no parágrafo 1º. Apesar da recomendação do art. 42, que fornece novos parâmetros (preponderantes) para o juiz fixar a pena-base, devendo levar em conta a quantidade de droga, a pena mínima inicia em 5 anos. Isso pode representar enorme injustiça. Porque, no exemplo acima, se a companheira do preso levasse a droga para junto dele a consumirem, incidiria o art. 33, § 3º, com pena máxima de 1 ano, mas como a companheira não é viciada e vai fornecer a droga ao preso, terá pena mínima de 5 e, no máximo, 15 anos de reclusão. É um contrassenso.

A destinação da droga a terceiros é o elemento fundamental que caracteriza a traficância e a ideia de mercancia. O ônus da prova é do órgão acusador. Na dúvida, entre traficância e uso pessoal, o juiz deverá optar, evidentemente, pelo art. 28 (usuário), desclassificando a conduta.

10.1 Formas típicas e verbos nucleares (art.33)

Algumas condutas são formais, enquanto outras são materiais. Pode-se observar muita incoerência do legislador ao igualar todas as condutas do art. 33 como tráfico. A seguir serão examinados os verbos, que exprimem condutas típicas de traficância:

Importar – É fazer com que a droga entre no país, através da transposição de espaço físico territorial, por qualquer via, marítima, terrestre, aérea e por qualquer meio, inclusive carregada no estômago, como é o caso da pessoa que faz o papel de "mula". A consumação, segundo a doutrina, ocorreria com o ingresso da droga em território nacional, todavia há controvérsia a respeito nos Tribunais Superiores, porque ocorrem casos em que a "mercadoria" é apreendida na alfândega. Nesse caso há entendimentos de que não se consumou a importação. Necessário fazer a distinção quando existir ou não zona fiscal. Assim, a transposição da fronteira, sem fiscalização, consuma a importação com o mero ingresso no território nacional.

Entretanto, se houver zona alfandegária e a droga é apreendida, há de se levar em conta dois aspectos: primeiro, se o agente traz consigo a droga ou a está transportando. Nesse caso, o núcleo típico não é o de importar, que estaria na forma tentada, mas aquelas condutas que estão na forma consumada, no caso, transportar ou trazer consigo; o segundo acontece quando a droga é remetida por meio de transporte não do próprio traficante (aeronave, navio etc.), caso em que haverá tentativa de importação. Exemplificando: o agente pretende importar LSD através dos Correios, sendo a droga apreendida pela Polícia Alfandegária, sem chegar ao importador, temos aí uma tentativa.

A controvérsia se estabelece em face do significado do verbo importa : se for considerada completa a importação, com a simples entrada no país, o crime estará consumado; mas se for exigido superar o obstáculo da alfândega, haverá a tentativa. A matéria comporta discussão. Evidentemente, se o agente importa por conta própria, fazendo o transporte pessoalmente, e é preso na entrada do país, não há falar-se em tentativa de importação, mas de crime consumado de tráfico porque já consumada a conduta transportar, ou trazer consigo. É o caso de quem vem ao país por via aérea, sendo preso na alfândega do aeroporto.

Outro aspecto que deve ser considerado é a não aplicação do art. 334, do CP, na importação de substâncias entorpecentes, na medida em que o conflito aparente de normas há de se resolver pelo princípio da especialidade. Portanto, entre o art. 33, da Lei nº 11.343/2006 e o art. 334, do CP, aquele prepondera sobre este.

Exportar – Consiste em fazer com que a droga saia do país com destino a outro. Aplicam-se os mesmos parâmetros acima analisados. A consumação só ocorre com a efetiva saída do país. Se a droga, por exemplo, for apreendida no aeroporto e estiver na posse de alguém, não se cogitará de tentativa de exportar, mas de crime consumado por transportar, trazer consigo, etc. Isso ocorre em face da multiplicidade de verbos do tipo (tipo penal de conteúdo variado). Todos os agentes envolvidos com o ilícito serão responsabilizados como partícipes ou coautores da conduta já consumada. Todavia, se a droga já está embarcada (navio, avião comercial etc.), com destino ao exterior, e não estiver na posse do agente, configurar-se-á a tentativa de exportar.

Tráfico internacional – É uma causa de majoração de pena no caso de tráfico, porém, a internacionalidade não se caracteriza pela mera importação ou exportação, caso fosse assim, toda a cocaína existente no Brasil seria produto de tráfico internacional e todos os agentes seriam responsabilizados pela majorante do art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006. A matéria será objeto de análise no item próprio, referente ao art. 40.

Remeter – Consiste em enviar, encaminhar, dar destinação, deslocando a droga, sem praticar outras condutas como: trazer consigo, transportar, vender. A simples remessa da droga consuma o crime, sem necessidade de chegar ao destinatário, por isso é difícil reconhecer a forma tentada, diversamente de vender, importar. Contudo, há entendimentos de que se configura a forma tentada de remeter no caso do agente que coloca a droga em envelope, nas caixas coletoras dos Correios, mas não chega ao destinatário, porque não foi despachada, eis que apreendida no setor de triagem dos Correios. Assim, o agente tentou remeter.

Produzir – Significa criar a droga, não é a fabricação ou industrialização da droga, mas são os atos que dão origem à substância entorpecente, através de processos químicos desenvolvidos, os quais propiciam o surgimento da droga. Crime de difícil caracterização. Não se trata de mera conduta de misturar substâncias, que pode constituir a conduta de preparar o entorpecente. Produzir seria um ato de invenção ou descoberta. Se a conduta for para uso próprio, é impossível aplicar o art. 28, pela ausência do verbo nuclear nesse tipo de ação.

Fabricar – É um processo em escala industrial. Pode ocorrer em laboratórios de grandes empresas, inclusive com substâncias para fins terapêuticos, porém, sem autorização do órgão competente. A grande maioria das substâncias entorpecentes são produtos resultantes de processos industriais. De acordo com a Convenção Única sobre Entorpecentes (NY, março de 1961), a fabricação é um processo que não seja de produção e que permita obter entorpecente, inclusive a refinação e a transformação de um entorpecente em outro. A conduta fabricar é uma variante da produção e do preparo.

Preparar – É um processo que envolve composição ou decomposição de elementos químicos, quer pela reunião, quer pela separação de substâncias. Não pode ser confundido com a adulteração, falsificação ou corrupção de substâncias entorpecentes, através de mistura de outros elementos. É a hipótese do agente que está adicionando lidocaína (é um anestésico) à cocaína, para aumentar seu faturamento. Não se trata de preparação, mas de simples posse de cocaína. Atualmente, são muito utilizadas a lidocaína e a benzocaína para “batizar” a cocaína, visto que produzem o mesmo efeito anestésico da cocaína, ao se fazer o teste da gengiva. Os traficantes obtêm maior lucro quando adicionam outros elementos químicos à cocaína. A posse, comercialização ou transporte de lidocaína ou benzocaína depende de autorização do Min. da Saúde. Desta forma, ausente a autorização, cabe a incidência do art. 33, § 1º, I, porque a nova

Lei de Drogas tipificou as condutas relacionadas com *insumos ou produtos químicos* destinados à preparação de drogas.

Adquirir – É uma forma de obter a propriedade, a título oneroso (mediante pagamento) ou gratuito, é comprar a droga. A conduta adquirir consta do art. 33 e do art. 28, o que distingue um tipo do outro é a destinação da droga. A consumação dessa conduta depende da efetiva tradição da droga ao adquirente. Não é pacífica a interpretação de tal conduta, porém, o STJ vem firmando jurisprudência no sentido de que, enquanto a droga não estiver em poder do adquirente, não se consumou a aquisição, restando o *conatus*. Há entendimento contrário¹⁵, com o qual não concordamos.

Vender – Significa a alienação da droga ou transferência a terceiros, mediante pagamento em dinheiro ou outro bem, pode ser uma troca. Por exemplo: um viciado subtrai do pai um aparelho de som e troca-o por droga. O traficante vendeu, e o usuário adquiriu o entorpecente. É a conduta mais comum do traficante nas conhecidas “bocas” ou “quebradas”. Discute-se também a possibilidade de tentativa, bem como a forma de consumação, isto é, se há exigência da efetiva entrega da droga ao adquirente ou se basta a mera efetivação do “negócio”.

Na doutrina, predomina o entendimento do aspecto formal da conduta, o mesmo ocorrendo com o STF.¹⁶ No STJ, entretanto há julgados admitindo a forma tentada. Supondo-se a conduta de um traficante que vendeu a droga, recebeu o dinheiro, mas ainda não a entregou ao adquirente. A seguir, apanha a droga num esconderijo e, instantes antes da entrega, é preso pela polícia. Não tem lugar a discussão acerca da venda, eis que o agente “traz consigo” a droga para vender, portanto a conduta típica, na forma consumada, é “trazer consigo” e não vender, na forma tentada. Entendemos que “vender” exige a tradição, em que pese a existência de respeitáveis posições em contrário.

Expor à venda – É simplesmente mostrar a droga ao interessado na compra, exibi-la com o intuito de vender. É uma conduta além de permanente, formal, que se consuma com a mera exposição à venda.

Oferecer – É fazer oferta às pessoas, aos possíveis interessados. O método mais usual é a abordagem pessoal ou via telefônica, ocorre quando o traficante recebe novos estoques e oferece a conhecidos e busca outros interessados na aquisição. É uma conduta formal, não necessita estar na posse da droga, porque, se estiver na posse, já está caracterizada a conduta trazer consigo.

Fornecer, ainda que gratuitamente – Não significa venda ou mera entrega, mas representa a ação de quem abastece, como se fosse uma fonte. Isso quer dizer que tem como intuito a entrega reiterada, continuada, da droga aos compradores, é como se fosse um atacadista. Já a modalidade de fornecimento gratuito, como é o caso da cessão ou divisão eventual entre amigos, não pode ser tipificada no art. 33, porque não traduz ideia de abastecimento ou provisão com habitualidade. Compartilhar droga entre amigos, sem ideia de traficância, configura hipótese típica no art. art. 33, § 3º, mas contém apenas um único verbo nuclear (oferecer).

Ter em depósito – É ter um estoque da droga, com intuito de retenção. Não é necessário ser o proprietário da droga, a conduta pode ser realizada por pessoa que apenas tem o espaço físico, mas também pode ser do próprio traficante. O depósito traz a ideia de armazenamento e perfectibiliza a situação de crime permanente. Não é necessário que o agente esteja junto ao

¹⁵ RODRIGUES, João Gaspar. *Tóxicos: abordagem crítica da Lei n. 6.368/76*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 109.

¹⁶ HC 71.853.

tóxico, nem é exigível a comprovação da destinação da droga, se para venda ou uso.

Guardar – Significa manter a vigilância ou ter sob seu cuidado a droga, em nome próprio ou para terceiro. Também significa ocultar a droga, quer para utilização posterior, no caso do usuário, que a esconde na geladeira, num roupeiro ou num fundo falso, quer com a finalidade de tráfico. Normalmente são quantidades menores, que facilmente são escondidas. Também é crime permanente. Não é necessário que o agente esteja no local na hora da apreensão, basta que exerça a guarda sobre a droga. A distinção entre “guardar” e “ter em depósito” é bem difícil, já que do ponto de vista léxico as expressões são sinônimas. Pesquisa doutrinária sobre a distinção mostrou-se estéril. Nessas condições não faz sentido discutir os contornos das condutas – guardar e ter em depósito – que se equivalem.

Transportar – É deslocar a droga de um ponto a outro, através de um meio de transporte. Essa conduta é praticada pelo agente que está na posse do veículo (automóvel, moto, embarcação, aeronave etc.) e realiza o deslocamento da droga. Não deve ser confundida com remeter, porque essa conduta é realizada por outro agente, que não transporta, mas destina a droga a terceiro utilizando-se de qualquer meio. Remeter é enviar a droga e não transportá-la, portanto se vislumbra a ação de outro agente. Há alguém responsável pela remessa e outro pelo transporte. É crime permanente, enquanto a droga estiver sendo transportada, o delito está em consumação. Se o agente traz a droga junto ao corpo ele não “transporta”, mas “traz consigo”.

É muito comum a conduta de transportar sem consciência de que se trata de droga, e que está cometendo um fato típico. O motorista, que muitas vezes está sendo utilizado como “mula”, carrega a droga, mas não sabe o conteúdo ou a natureza da mercadoria. Trata-se, na verdade, de autoria mediata, denominado por Welzel como o homem que atua por trás, que manobra um inocente, que não está cometendo crime, em face da ausência do elemento subjetivo, do dolo de transportar mercadoria ilícita. Portanto o “mentor” da operação é o único criminoso, quando se utiliza ardil, engodo ou fraude para induzir em erro o transportador, que supõe estar realizando ato perfeitamente lícito, por isso não é o agente do crime, mas o instrumento na mão do verdadeiro criminoso.

Por outro lado, há que se ter muito cuidado com a alegação do transportador que justifica desconhecimento da natureza da “mercadoria”, visto que o erro deve ser plenamente justificável pelas circunstâncias. Não se beneficia do erro quem levou o veículo a uma oficina para “prepará-lo” para carregar a droga disfarçadamente, quem recebeu um valor incompatível pelo transporte (dez vezes o valor normal do frete), quem é informado que não deve ter conhecimento da mercadoria que está transportando. Em suma, não pode a autoridade da persecução mostrar-se ingênua, acreditando em versões estapafúrdias e pueris quanto ao conhecimento da coisa transportada. A “mula” na maioria das vezes tem plena ciência de que está fazendo algo errado, mas o preço compensa. O ônus do erro de tipo é da defesa e deve ser comprovado na instrução processual.

Trazer consigo – É a conduta mais comum, porque o agente traz a droga em seu poder físico, normalmente junto ao corpo, nas vestes, na bolsa, na mala, colada ao próprio corpo com fitas adesivas, às vezes até nas entranhas do corpo (vagina, ânus). A prática colombiana, conhecida como “*cartel del buche*”, consiste em preparar o estômago da “mula” para transportar cápsulas de cocaína, identifica a conduta de “trazer consigo” e não de transportar, porque o corpo humano não é um meio de transporte. Assim, trazer junto ao corpo ou *interna corporis* será sempre “trazer consigo”. Pode ocorrer confusão com a conduta de transportar, quando o agente está com a droga no porta-malas do carro, porque ele não está trazendo consigo, mas transportando. A conduta retrata crime permanente, enquanto o agente estiver trazendo consigo, o crime estará em consumação.

Prescrever – É próprio de determinados profissionais (médico, dentista, veterinário), os quais podem prescrever substâncias entorpecentes, desde que em receituário próprio, conforme exige a Resolução da ANVISA (modelo A ou B), que fica retido na farmácia, que vendeu a droga para efeito de controle do órgão de saúde. Farmacêuticos e enfermeiros não podem prescrever; ao contrário do que alguns autores vêm afirmando. O ato de prescrever substâncias entorpecentes é prerrogativa de médico ou dentista. Charlatão ou falso médico não possuem receituários, padronizados pelo órgão fiscalizador, visto que o nome, CPF e CRM vêm impressos no formulário próprio. Se o agente exerce ilegalmente tais profissões, e prescreve entorpecente, através de falsificação de receituários, não se pode afirmar que houve prescrição, mas induzimento, instigação ou auxílio para que alguém usasse entorpecente (art. 33, § 2º,).

Se o agente simplesmente falsifica a receita, para adquirir a droga para consumo próprio, sua conduta está tipificada no art. 28 – adquirir – pois a compra da droga deu-se em desacordo com as normas legais. Para o adquirente com receita falsa, a situação é idêntica à de quem não possui receita.

Prescrever é um crime formal, que não exige a efetiva aquisição da droga pelo usuário, basta a simples prescrição, mas é preciso ter cuidado, porque se trata de um ato de prescrever doloso, com o fim de traficar. É o médico traficante que prescreve substância entorpecente sem fins terapêuticos. A consumação ocorre com a entrega da receita ao destinatário, mas admite a tentativa, embora se trate de crime formal.

Também é importante distinguir-se o 'prescrever' doloso do art. 33, do 'prescrever' culposo do art. 38. Neste o profissional erra a dosagem da droga ou o diagnóstico e submete o paciente a uma "overdose" de entorpecente ou a um tratamento desnecessário, com drogas lícitas. Trata-se de conduta culposa que será objeto de análise específica no art. 38.

Ministrar – Também é uma conduta restrita a determinados profissionais, que podem ministrar medicamentos, tais como: enfermeiros e auxiliares, farmacêuticos, inclusive médicos, mas não atinge qualquer pessoa, porque se alguém, não profissional, ministrar droga, haverá tipificação no art. 33, § 2º, "auxiliar alguém a usar entorpecente". A conduta ministrar significa inocular, introduzir, dar para consumir, aplicar a substância no usuário e está ligada ao prescrever, por isso é mais aplicável às drogas de farmácia ou clínicas e hospitais. Exemplificando: se um interessado em fazer uso de heroína não souber como ingeri-la procurar um conhecido que conhece a melhor forma de consumo desta droga, receber auxílio deste para usá-la, não se pode falar que o agente ministrou a droga, mas que auxiliou alguém a usar entorpecente. A mesma situação ocorre com o tetraplégico que quer fumar maconha, alguém haverá de auxiliá-lo e, neste caso, não ocorre o ministrar, mas o auxílio para uso (art. 33, § 2º).

Entregar, de qualquer forma, a consumo – Significa a adequação típica para qualquer conduta que não se amolde às situações anteriores. É uma fórmula genérica de que o legislador se valeu para cercar todas as possibilidades que envolvem entorpecentes. Representa enorme perigo à garantia do princípio constitucional da tipicidade em face da sua amplitude. De qualquer sorte, houve preocupação em não deixar impune qualquer conduta relacionada, com entorpecente que se destine a terceiros.

A multiplicidade de verbos que constam do art. 33 'caput', não autoriza concluir pelo concurso de crimes se o agente foi flagrado, em determinado contexto histórico. O tipo penal é alternativo e não cumulativo. Assim, se o agente traz consigo, e ao mesmo tempo guarda em casa, ou transporta drogas, a conduta será única para efeito de fixação de pena, embora o Ministério Público descreva mais de um verbo nuclear.

10.2 Sanções penais (reclusão e multa)

A lei estabelece reclusão de 5 a 15 anos, mais multa para a traficância. Mostra-se sem sentido a enorme distância entre a pena mínima e a máxima (3 vezes a pena mínima), visto que é quase impossível ao juiz justificar a imposição da pena máxima, por apenas uma conduta de tráfico, ainda que tenha majorantes. É certo que, na fixação da pena, deve-se levar em conta a quantidade de droga em face da lesividade social da conduta, mas ainda assim não é possível alcançar o limite máximo.

Muitas situações de injustiça são observadas na vida forense. Exemplificando: um traficante que transportava uma tonelada e meia de maconha foi condenado a 04 anos de reclusão, depois de analisadas criteriosamente as operadoras judiciais de fixação da pena. Em outra situação, a esposa de um preso leva um baseado de maconha para o marido, na penitenciária, escondido em sua vagina, foi condenada a 4 anos e 3 meses de reclusão (incidência de majorante). A lesividade da primeira hipótese é infinitamente superior, mas acarretou uma pena menor. É a incoerência da lei, que exige atenção do julgador.

A pena, muitas vezes, é desproporcional em relação à gravidade da conduta. Por exemplo, alguém que é viciado, “empresta ou cede” um cigarro de maconha a um amigo. Na verdade, houve uma conduta de tráfico e a pena mínima haverá de ser de 5 anos de reclusão. Imperioso que o magistrado tenha bom senso, para julgar as condutas pela sua nocividade social, sem apego exagerado à norma incriminadora. Embora o agente não seja um traficante, é tratado como tal e não há possibilidade de pena intermediária ou tipificação no art. 28. É bem verdade que há possibilidade de minorar a pena, porém, os requisitos a preencher são muitos.

Acreditamos que muitos juizes farão uma interpretação analógica ao art. 33, ' § 3º, ampliando as condutas, além de ‘oferecer’ e mesmo que não seja para ‘consumir juntos’, desde que não tenha intenção de lucro.

Em face do alargamento do tipo penal para as condutas de tráfico, nivelando criminosos que praticaram condutas de extrema gravidade com delitos que estão tipificados no art. art. 33 'caput', é imperioso admitir a possibilidade de o magistrado flexibilizar a aplicação da pena, em patamares abaixo do mínimo legal, valendo-se do parâmetro do art. 33 ' § 2º.

Não se pode criticar o juiz que fixa a pena abaixo do mínimo para as condutas que, embora tipificadas no art. 33 'caput', ou art. 33 ' § 1º, caso não revelem o mesmo grau de nocividade ou gravidade daquelas consideradas efetivamente de traficância. Assim, um viciado – doente – que, para sustentar seu vício, acaba servindo de ‘empregado’ do traficante, exercendo funções de ‘falcão’, sinaleiro, etc., não merece a mesma reprimenda penal que seu chefe.

É com os olhos voltados para essas situações que defendemos a possibilidade de pena aquém do mínimo e até a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, embora haja vedação expressa. O Juiz deve encontrar o ponto de equilíbrio entre a necessária reprovação da conduta do agente, baseado no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de que traficantes perigosos não sejam tratados de forma semelhante a agentes que realizaram condutas de pequena lesividade social. Deve-se sempre observar o bem jurídico objeto de proteção (saúde pública) e o grau de perigo que a conduta a ser punida gerou.

10.2.1 Penas alternativas – Lei n.º 9.714/98

Os Tribunais Superiores HAVIAM firmado entendimento no sentido de que não se aplicava a Lei n.º 9.714/98¹⁷ ao crime de tráfico – art. 12 e 13 da Lei n.º 6.368/76. A referida lei trata das penas alternativas (restritivas de direitos) em substituição às privativas de liberdade, quando a pena imposta não superar o limite de 04 anos e o crime for praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. O motivo da posição assumida tinha em vista a natureza do crime de tráfico de drogas, por ser equiparado a hediondo (Lei n.º 8072), exceto o art. 14 (associação para tráfico).¹⁸ Além de não admitir a substituição, ainda tinha vedada a progressão de regime.¹⁹

A Lei n. 11.343/2006 veda expressamente a **conversão por restritivas de direitos** (art. 44). A polêmica vai continuar, exatamente nos mesmo tom da lei anterior.

Entendemos que algumas condutas, embora rotuladas como tráfico, uma vez que tipificadas no art. 33, na verdade não são atos de traficância, que mereçam a mesma sanção do nefasto crime. Portanto, é perfeitamente cabível a aplicação de pena alternativa, em hipóteses devidamente justificadas pelo magistrado. Jamais poderíamos admitir que um traficante, que vende droga numa escola, fosse beneficiado com pena alternativa, mas quem cedeu, ou emprestou um cigarro de maconha para um amigo não merece a mesma reprimenda penal que um verdadeiro traficante. Deve-se permitir que o magistrado, diante do caso concreto, decida.

A posição, que defendemos desde a primeira edição dessa obra, foi acolhida no STJ e se trata de um critério de bom senso, na medida em que as leis não podem ser aplicadas de forma rígida, porque a tipificação genérica de condutas de tráfico leva o julgador cego a grandes injustiças.

Ratificamos, portanto, a possibilidade de penas restritivas de direitos para quem foi condenado por crime que é rotulado como tráfico de drogas, desde que o magistrado justifique, na sentença, sua posição em face do caso concreto. A pena haverá de ser proporcional à lesividade social da conduta.

Recente posicionamento do STF mudou o panorama.

O STJ não apresenta jurisprudência pacificada no sentido da possibilidade de substituição

¹⁷ 1) O preceito insito no artigo 44 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n.º 9.714/98, é regra geral, não podendo ser aplicado à Lei n.º 6.368/76, visto tratar-se de lei especial. 2) A pena privativa de liberdade por crime previsto na Lei de Tóxicos, equiparável a crime hediondo, tem que ser cumprida integralmente no regime fechado em face da Lei n.º 8.072/90, impossibilitando assim a sua conversão em pena restritiva de direitos. 3) “Habeas corpus” indeferido (STF, 2ª Turma, HC 79567/RJ, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 03/3/2000, p. 62. Ver também HC 70.455, publicado na RTJ 152/845 e HC 80.010, DJ 18/8/2000, p. 83).

¹⁸ Essa Corte firmou o entendimento de que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes, previsto no art. 14, da Lei de Tóxicos, não é considerado hediondo. Precedente. (...) (STJ, 5ª Turma, HC 23856/MS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 01/04/2003, DJ 12/05/2003, p. 00314).

¹⁹ (...) A Lei n.º 9.714/98, que deu nova redação aos artigos 43 a 47, do Código Penal, introduziu entre nós o sistema de substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, e por ser mais benigna, tem aplicação retroativa, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Estatuto Penal, e do art. 5º, XL, da Constituição. A egrégia Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por decisão majoritária, proclamou o entendimento de que tais regras não se aplicam aos crimes previstos em leis especiais. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 6ª Turma, RESP 326024/RS, rel. Min. Vicente Leal, DJ 09/12/2002, p. 398). (...) A substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, trazida ao Código Penal pela Lei n.º 9.714/98, é incompatível e inaplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, tendo em vista a vedação imposta pela Lei n.º 8.072/90. Precedentes. Ordem denegada (STJ, 5ª Turma, HC 19749/PR, Relator Min. Gilson Dipp, DJ 16/09/2002, p. 208, unânime). Da mesma Turma, ver julgados pelo descabimento da progressão de regime em tráfico de entorpecentes: HC 7226/SP (RSTJ 107/334, RMP 9/444), HC 6659/SP; HC 7383/DF; do STF: HC 77219/SP; pela impossibilidade de substituição de pena: STJ: RESP 226804/PB e HC 20800/SP.

da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. É predominante o entendimento de que não cabe a referida substituição. Todavia cumpre observar que, a partir do HC 82959, do STF, que declarou inconstitucional a proibição de progressão de regime para crimes hediondos e assemelhados, o STJ também deverá rever sua jurisprudência acerca do tema.²⁰

Em fevereiro de 2006, o plenário do STF (HC 82.959) julgou inconstitucional a norma do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8072/90, que veda a progressão de regime carcerário. Ver Informativos 315, 334, 372 e 418. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada, afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social, e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acabam tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional, após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte, no sentido da constitucionalidade da norma atacada.

O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas, com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos, pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão (Informativo do STF 418).

Embora fosse decisão *incidenter tantum*, por se tratar de direitos fundamentais, sua aplicação estende-se a todos os casos 'sub iudice'. Assim, o STF e o STJ passaram

²⁰ 1) O sistema de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme as modificações introduzidas pela Lei 9.714/1998 ao Código Penal, **não se aplica aos crimes hediondos**, que têm regulação específica. **Logo, o condenado por tráfico de entorpecentes (artigo 12 da Lei 6.368/1976) não tem direito ao benefício.** Precedentes por amostragem: 5º T - REsp 781588 MG DECISÃO:15/12/2005 DJ:27/03/2006 (unânime) Min. Felix Fischer 5º T - REsp 748579 MG DECISÃO:11/10/2005 DJ:05/12/2005 (unânime) Min. Arnaldo Esteves Lima 5º T - HC 41586 SP DECISÃO:28/06/2005 DJ:05/09/2005 (unânime) Min. Felix Fischer 5º T - HC 19913 SP DECISÃO:08/06/2004 DJ:09/08/2004 (unânime) Min. Laurita Vaz 5º T - REsp 570899 RS; 5º T - REsp 516318 RS; 6º T - REsp 388273 MG; 6º T - REsp 609194 RS; 6º T - REsp 605022 MG; 6º T - HC 36019 RJ 6º T - HC 35828 SP; 6º T - REsp 336644 SP: **Precedentes do STF** PLENO - HC 69657 RS DECISÃO:18/12/1992 DJ:18/06/1993 (maioria) Min. Francisco Rezek PLENO - HC 69603 SP DECISÃO:18/12/1992 DJ:23/04/1993 (maioria) Min. Paulo Brossard 2º T - HC 85906 SP DECISÃO:02/08/2005 DJ:02/09/2005 (unânime) Min. Carlos Velloso 2º T - HC 84515 RS DECISÃO:24/05/2005 DJ:21/10/2005 (unânime) Min. Joaquim Barbosa 2º T - HC 85395 RS DECISÃO:12/04/2005 DJ:29/04/2005 (unânime) Min. Ellen Gracie 2º T - HC 84422 RS DECISÃO:14/12/2004 DJ:24/03/2006 (maioria) Min. Joaquim Barbosa 2º T - HC 82914 SP DECISÃO:06/05/2003 DJ:26/03/2004 (unânime) Min. Nelson Jobim 2º T - HC 82158 SC DECISÃO:15/10/2002 DJ:22/11/2002 (unânime) Min. Nelson Jobim; **2) É possível** a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos na hipótese de condenação por tráfico de entorpecentes, uma vez que a previsão legal de cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado nos crimes hediondos **não impede** seja esta substituída por pena restritiva de direitos (distinção entre aplicação e execução da pena). **Precedentes:** 6º T - [HC 41939](#) SP DECISÃO:06/09/2005 DJ:06/02/2006 (maioria) Min. Paulo Medina 6º T - [REsp 754630](#) BA DECISÃO:23/08/2005 DJ:21/11/2005 (maioria) Min. Nilson Neves; **Precedente do STF:** 1º T - [HC 84928](#) DECISÃO:27/09/2005 DJ:11/11/2005 (unânime) Min. Cezar Peluso

imediatamente a acolher o novo posicionamento²¹.

Um novo campo de discussão será aberto em razão das vedações constantes do art. 44, da Lei nº 11.343/2006, que contém proibição expressa de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Sustentamos que o Judiciário não vai se curvar diante da regra, porque afronta princípio constitucional de individualização da pena. Isso porque haverá casos que serão tipificados no art. 33, 'caput', mas efetivamente, não são condutas de traficância, como é o caso, por exemplo, de quem empresta ou cede um cigarro de maconha a um amigo seu, mas não haverá consumo em conjunto. É uma mera cessão ou empréstimo.

Caberá ao Juiz, diante do caso concreto, conforme a necessidade de reprovação da conduta, bem como de sua lesividade social, a fixação correta da pena. Quando se trata de tipos penais com espectro incriminador tão amplo quanto os do art. 33, 'caput', e § 1º, não pode a lei cercear a atuação do magistrado.

²¹ **STF: PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER.** A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. **PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.** Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. (HC 86541/SP - Relator: Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 28/03/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ 28-04-2006 PP-00023 EMENT VOL-02230-02 PP-00316). **Acórdãos no mesmo sentido** : HC 86440 JULG-11-04-2006 UF-MS TURMA-01 MIN-MARCO AURÉLIO N.PP-007 DJ 12-05-2006 PP-00011 EMENT VOL-02232-02 PP-00343; HC 86887 JULG-11-04-2006 UF-GO TURMA-01 MIN-MARCO AURÉLIO N.PP-007 DJ 12-05-2006 PP-00011 EMENT VOL-02232-02 PP-00350; HC 86925 JULG-11-04-2006 UF-SP TURMA-01 MIN-MARCO AURÉLIO N.PP-007 DJ 12-05-2006 PP-00011 EMENT VOL-02232-02 PP-00357; HC 87924 JULG-11-04-2006 UF-MT TURMA-01 MIN-MARCO AURÉLIO N.PP-007 DJ 12-05-2006 PP-00011 EMENT VOL-02232-02 PP-00377 HC 87948 JULG-11-04-2006 UF-SC TURMA-01 MIN-MARCO AURÉLIO N.PP-007 DJ 12-05-2006 PP-00011 EMENT VOL-02232-03 PP-00396; HC 86101 JULG-28-03-2006 UF-DF TURMA-1 MIN-MARCO AURÉLIO N.PP-007 DJ 05-05-06 PP-00018 EMENT VOL-02231-02 PP-00271; HC 86168 JULG-28-03-2006 UF-DF TURMA-01 MIN-MARCO AURÉLIO N.PP-007.(...) **4. Crime hediondo: regime de cumprimento de pena: progressão. Ao julgar o HC 82.959, Pl., 23.2.06, Marco Aurélio, Inf. 418, o plenário do Supremo Tribunal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da L. 8.072/90 - que determina o regime integralmente fechado para o cumprimento de pena imposta ao condenado pela prática de crime hediondo - por violação da garantia constitucional da individualização da pena (CF., art. 5º, LXVI). 5. Deferimento de habeas corpus de ofício, para afastar o óbice do regime fechado imposto pela norma cuja inconstitucionalidade se declarou, cabendo ao Juízo das Execuções, como entender de direito, analisar a eventual presença dos demais requisitos da progressão.** (AI 527990 / RS - RIO GRANDE DO SUL AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 11/04/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ 05-05-2006 PP-00019 EMENTA V.- 02231-07 PP-01242. **STJ: PENAL E PROCESSUAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DA ASSOCIAÇÃO EVENTUAL. ART. 18, INCISO III, LEI 6.368/76. IMPOSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE APENAS PARA O TERCEIRO PACIENTE, QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. PERMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL. ORDEM CONCEDIDA. (...) É aplicável o art. 44 do Código Penal aos crimes hediondos e equiparados, visto que não há impedimento legal, nem incompatibilidade com a Lei 8.072/90 no tocante ao cumprimento do regime integralmente fechado; não obstante, apenas se preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal. A vedação à execução progressiva da pena, nos moldes no que dispõe a Lei 8.072/90, é discriminatória e, por isso, violadora dos princípios constitucionais da legalidade, da individualização, da isonomia e da humanidade da pena.** Ordem CONCEDIDA tão somente para substituir a pena privativa de liberdade do paciente RICARDO DE MEDEIROS GACCIONE e afastar a proibição quanto à progressão de regime dos outros pacientes.(HC 41939 / SP ; HABEAS CORPUS 2005/0025949-3 Relator(a) MIN. PAULO MEDINA (1121) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 06/09/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 06.02.2006 p. 348).**Veja: PROGRESSÃO - POSIÇÃO DO STF - HC 82959/SP; HC 24670-SP (PENA SUBSTITUTIVA - CRIME HEDIONDO) STJ - HC 8753-RJ (JSTJ 6/420, LEXSTJ 122/332).**

10.2.2 Pena de multa

É sempre cumulativa com a privativa de liberdade (art. 43, parágrafo único). Nesse caso, não há de se cogitar em substituição da pena privativa de liberdade, quando cabível, em face de entendimento jurisprudencial, sumulado pelo STJ, através do verbete 171: “Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defesa a substituição da prisão por multa”.

Novo regramento das multas – para os crimes de tráfico, do art. 33, 'caput', e § 1º, a pena de multa representa situação bem mais gravosa em relação à lei anterior. A multa fixada é de 500 a 1.500 dias-multa. O valor do dia-multa depende das condições econômicas do acusado. Não pode ser inferior a 1/30 nem superior a 5 vezes o maior salário-mínimo. Havendo concurso de crimes, as multas serão cumulativas. Conforme a situação econômica do réu, a multa pode ser aumentada até em 10 vezes.

Sustentamos que a aplicação da pena de multa deve seguir o mesmo critério da pena privativa de liberdade. Assim, se o juiz fixou a multa no mínimo legal, o número de dias-multa também deve ficar no mínimo. Exemplificando: réu condenado a 5 anos de reclusão, por tráfico do art. 33, 'caput'. O número de dias-multa também será o mínimo (500 dias). O valor de cada dia depende das condições econômicas do réu (mínimo 1/30 e o máximo 5 vezes o maior salário mínimo). Assim, o mínimo seria $500 \times (350,00 : 30) = R\$ 5.833,33$, e o máximo possível seria $500 (5 \times 350,00) = R\$ 875.000,00$.

O máximo da pena de multa, **em abstrato**, para o art. 33, 'caput', e § 1º, é de $1.500 \times 5 \times 350,00 = R\$ 2.625.000,00$. Ainda é possível decuplicar esse valor em caso de réu abonado (art. 43, § único), podendo chegar a R\$ 26.250.000,00. O objetivo das multas exorbitantes é 'quebrar' o poder econômico do traficante.

Todavia, em se tratando de réu pobre (situação bastante comum), a pena de multa não deve ser aplicada, em face de sua inocuidade. Como executar uma pena de multa se o réu reside num barraco e não possui bens materiais a serem penhorados? Já para o traficante, que tem potencial econômico, a pena deve ser elevada ao patamar máximo possível, a fim de justificar sua execução pela Fazenda Pública, uma vez que pequenos valores não são objeto de execução.

Pertinente ainda observar que o legislador equivocou-se na fixação do parâmetro de dias-multa nos crimes definidos no art. 33, § 2º e § 3º, fixando uma pena privativa de liberdade mais branda para o § 3º, mais a pena desproporcional em relação ao § 2º. Viola, flagrantemente o princípio da proporcionalidade, cabendo ao juiz adequar a pena de multa aos parâmetros de justiça.

10.3 Condutas equiparadas ao tráfico simples: art. 33, § 1º, inc. I, II e III, da Lei n. 11.343.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I – importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada à preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II – semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I – induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II – utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para

uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

III – contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Nas condutas acima o agente não está envolvido diretamente com a droga (substâncias químicas assim classificadas pela ANVISA), porém a nova lei amplia o espectro do objeto de incriminação.

10.3.1 Matéria-prima, insumo, produto químico destinada à preparação de drogas: art. 33, § 1º, I

Melhorou a nova lei em relação à anterior, que só punia as condutas relacionadas com matéria-prima. Esse artigo apresenta 14 condutas típicas: importar ou exportar, remeter, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar. Conforme já abordado, o art. 33, *caput*, trata de droga (substância entorpecente ou que causa dependência), enquanto o § 1º, no inciso I, se refere à **matéria-prima, insumo, produto químico destinada à preparação de drogas**.

Matéria-prima é geralmente um produto da natureza, que o homem transforma através de processos químicos, como é o caso de plantas; minerais como o petróleo em relação à gasolina. Assim, a cocaína ou o éster metílico da benzoilecgonina é uma substância química de laboratório, obtida a partir das folhas da coca (*Erythroxylum coca lam.*). Esse material é submetido a sucessivas reações químicas até se obter uma pasta de cor escura, que já contém cocaína, porém impregnada de substâncias tóxicas. Da pasta se prepara o “crack”, que é um subproduto da cocaína, mas já contém a substância alcalóide de cocaína. Após mais algumas reações químicas obtém-se a cocaína pura. Outro exemplo seria a papoula (*papaver somniferum*), considerada matéria-prima para produzir ópio e heroína.

Não se deve confundir a matéria-prima com produtos químicos ou insumos utilizados na preparação de entorpecente, como é o caso da acetona, tolueno, éter etílico etc. Equivocadamente, alguns autores têm afirmado que os produtos químicos, antes referidos, são considerados matérias-primas para a preparação ou produção de entorpecentes. Isso não é verdade, porque desses produtos químicos nada se faz, é impossível fabricar cocaína a partir de éter, ácido lisérgico, acetona ou tolueno, por faltar a matéria-prima: a folha da coca, planta conhecida por *Erythoxylum coca Lam.* Ocorre que os produtos químicos utilizados na fabricação de entorpecentes são objetos de lei específica (Lei n.º 10.357/2001) e estão sob o controle da Polícia Federal. A infração às regras dispostas nessa lei acarreta a apreensão da substância e aplicação de multa administrativa, mas não havia incriminação pela antiga Lei de Tóxicos (6.368/76).

Também não se deve confundir a conduta da pessoa que está relacionada a pequenas quantidades de chá de folhas de coca, muito utilizado nos Andes. Quem importar esse chá em pequenas quantidades, pode ter a mercadoria apreendida, e responder por contrabando, mas não ser enquadrado no dispositivo em comento, na medida em que é impossível produzir cocaína a partir de alguns “sachês” de folhas de coca. O que deve ficar evidenciado é a destinação da matéria-prima para produzir entorpecentes.

No STJ encontram-se vários julgados no sentido de que os insumos destinados à preparação de entorpecentes são equiparados à matéria prima. Isso é, insumo seria a mesma coisa que matéria-prima. Tal interpretação é aberrante e violenta o princípio constitucional da reserva legal. Ocorre que os insumos para produzir entorpecentes são muito utilizados pela indústria química oficial e há lei regulamentando seu transporte e comercialização (Lei n.

10357). É impossível considerar o insumo como sendo matéria-prima destinada à fabricação de drogas. Com a Lei n. 11.343/2006, o legislador corrigiu um erro clamoroso que os tribunais estavam cometendo, ao condenar pessoas por tráfico de matéria-prima quando, na verdade, eram insumos ou produtos químicos destinados à fabricação de drogas.

Insumos químicos utilizados para a fabricação e síntese de drogas: Atualmente, constam da Lista D-2, da Resolução RDC 12/2006, exemplificativamente pode-se citar o tolueno (solvente utilizado na fabricação da gasolina), acetona, éter etílico, permanganato de potássio, ácido sulfúrico, etc.

Produto químico destinado à preparação de drogas: Não há lista oficial com essa denominação, porém a ANVISA editou a Lista D-1, na qual constam as substâncias **precursoras de drogas**. Certamente, tal lista terá nova denominação. Pode-se citar, a título de exemplo: efedrina, ácido lisérgico (não é o LSD, que é droga de uso proscrito no Brasil), ácido fenilacético, isosafrol, etc.

Assim, a nova Lei de Drogas pune com a mesma pena do art. 33, 'caput', as condutas relacionadas com matéria-prima, o insumo e o produto químico destinado à preparação de drogas.

10.3.2 Semear, cultivar e colher plantas para preparar drogas: art. 33, § 1º, II

Contém 03 condutas típicas: semear, cultivar e fazer colheita de plantas, que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.

Semear significa colocar as sementes no solo para germinação. Embora seja crime instantâneo, tem efeitos permanentes, porque enquanto as sementes não germinarem, encontram-se semeadas, e o agente poderá responder pelo crime, ainda que não caracterizada a situação de flagrância. Conforme já exposto, no caso de sementes de 'cannabis sativa' (maconha), elas podem conter o princípio ativo THC (tetrahydrocannabinol) e, nesse caso, se o agente for flagrado transportando ou trazendo consigo as ditas sementes, responderá pelo art. 33, 'caput', por se tratar de droga (substância entorpecente pronta). Uma vez lançadas as sementes na terra, a questão deve ser resolvida no art. 33, § 1º, II, e não no *caput*.

Cultivar significa dedicar cuidados à planta já germinada, dando água, fertilizante etc., para que possa se desenvolver. A conduta em tela constitui crime permanente, e todas as pessoas ligadas ao cultivo das plantas são partícipes ou coautoras do crime. Evidentemente que, havendo desconhecimento quanto à natureza da planta, a conduta seria atípica por erro de tipo invencível, desde que as circunstâncias autorizassem concluir nesse sentido. É o caso, por exemplo, de quem cultiva num vaso uma planta e depois toma ciência de que se trata de "cannabis". Não é o caso de quem cultiva várias plantas e está "cuidando" delas para terceiro, mediante remuneração e sigilo sobre a sua natureza.

É uma das hipóteses mais comuns, quando a polícia flagra as plantações de maconha. O art. 32 da Lei nº 11.343/2006 prevê que as plantações ilícitas serão imediatamente destruídas pelas autoridades de polícia judiciária, que recolherão quantidade suficiente para exame pericial, de tudo lavrando auto de levantamento das condições encontradas, com a delimitação do local, asseguradas as medidas necessárias para a preservação da prova (§ 1º A destruição de drogas far-se-á por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, guardando-se as amostras necessárias à preservação da prova).

Todas as pessoas que se envolverem no processo de cultivo responderão pelo crime.

Fazer a colheita é colher os frutos ou as folhas ou toda a planta para dar destinação à produção, preparação ou fabricação de droga. Dificilmente, a polícia fará flagrante por essa conduta. Uma vez colhidas as plantas e se contiverem o princípio ativo, como é o caso da maconha com THC, a tipificação será no art. 33, 'caput', porque se trata de droga pronta para consumo.

Quando o agente realiza várias condutas típicas, como semear, cultivar, fazer colheita e depois ainda fabrica ou prepara o entorpecente, a partir das plantas, não há falar-se em concurso de crimes, mas de crime único, embora tenha infringido o art. 33, *caput* e seu § 1º, inc. II.

O cultivo de plantas destinadas à preparação de drogas, **para uso pessoal** ²² do agente, constitui novo tipo penal, previsto no art. 28, § 1º, da Lei nº 11.343/2006, para onde remetemos o leitor.

10.3.3 Utilização de local ou tolerar que seja utilizado para tráfico – art. 33, § 1º, III

A lei pune o agente que utiliza local de sua propriedade, posse, guarda ou vigilância, ou ainda, consente que outra pessoa se utilize desse local, mesmo que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico de drogas, através do art. 33, § 1º, III. O local de que fala a lei pode ser móvel (avião, embarcação, automóvel etc.) ou imóvel (casa, hotel, pousada, escola etc.).

Duas observações se mostram pertinentes: a) o legislador aboliu a conduta relacionada ao local para consumo de droga, restringido a tipificação apenas para o tráfico de drogas; b) quem está traficando drogas em determinado local de sua propriedade, vigilância, posse etc. não pode ter sua conduta tipificada no dispositivo em tela, porque já incorre nas sanções do art. 33, *caput*, respondendo por tráfico.

Portanto, é de difícil, para não dizer impossível, aplicação a conduta de 'utilizar local para tráfico', porque, nesse caso, já existe a tipificação pelo crime de tráfico. E não se diga que se trata de crime subsidiário ao art. 33, 'caput', no sentido de que, não se encontrando a droga no local, mas havendo indícios de sua utilização para condutas de tráfico, que estaria caracterizado esse crime.

A conduta em comento dirige-se a terceiros, que não estão diretamente envolvidos no tráfico. Por exemplo: o gerente de um bar, restaurante, danceteria, que tolera o tráfico de drogas, nesses locais, não tomando nenhuma providência de coibi-lo. Se tomar parte no 'negócio' do comércio de drogas, então será partícipe do art. 33, 'caput', mais o crime de associação para traficar, do art. 35. Isso significa que o traficante que está com a droga no local não pode ser punido pela utilização do local.

A conduta incriminada é formal, mas exige dolo, isto é, o conhecimento de que o local está sendo utilizado para o tráfico e o agente tolera, até porque explora, paralelamente, outras atividades, como prostituição, venda de bebidas alcoólicas, etc.

Emprestar a casa para uma festa onde será consumido droga não constitui mais crime, como era na antiga Lei de Tóxicos (6.368/76), a não ser que alguém forneça ou venda a droga, nesse local, e o proprietário tem ciência disso, e permite.

²² § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica

Cada caso concreto deve ser analisado, segundo o critério de equidade do juiz. Duas são as formas de conduta: *fazer uso* de local para traficar e *consentir na utilização* do local para que alguém ali trafique droga. Não se trata de crime habitual, mas sua consumação só ocorrerá com a efetiva utilização, ainda que por uma só vez.

Muito complexa é a situação do partícipe, como a companheira do traficante de droga, ou do proprietário que alugou o imóvel e houve desvio de finalidade, pois em vez de moradia está sendo utilizado para ponto de tráfico. Teria ele o dever legal de denunciar o contrato sob pena de incorrer nas sanções do artigo em comento? Certamente seria responsabilidade penal objetiva. Há de se ter em mente que só existe o crime na sua forma essencialmente dolosa, devendo existir o liame subjetivo, ou seja, o vínculo psicológico entre os agentes, em que um trafica e outro tolera a utilização do local.

10.4 Formas privilegiadas de tráfico

O legislador resolveu privilegiar algumas condutas que a antiga Lei de Tóxicos (6.368/76) considerava crime equiparado ao tráfico e com a mesma pena do art. 12. Certamente, se trata de avanço legislativo, porque essas condutas não representam o mesmo grau de lesividade social. As condutas consideradas formas privilegiadas de tráfico não comportam mais pena de reclusão.

10.4.1 Induzir, instigar ou auxiliar alguém a usar droga – art. 33, § 2º

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

Também constitui crime equiparado a tráfico, porém de menor lesividade social. Induzir significa “plantar” a ideia na pessoa, convencê-la a fazer uso de droga. É um trabalho de persuasão. Instigar é incrementar uma ideia já existente. Alguém está pretendendo fazer uso da droga, e o agente reforça o desejo, à semelhança do que ocorre com a instigação ao suicídio. Deve-se anotar que induzir e instigar são condutas destinadas a pessoas determinadas, do contrário, constitui apologia ao uso de drogas (art. 12, § 2º, inc. III, da antiga lei de Tóxicos nº 6.368/76 e que hoje não é mais crime). Portanto, incitar, genericamente, um número indeterminado de pessoas ao uso ou tráfico de drogas não constitui mais infração penal. O legislador, inexplicavelmente, aboliu o crime de apologia ao tráfico ou uso de drogas.

Predomina o entendimento de que as condutas em tela exigem uma eficácia causal, isto é, a pessoa visada deve efetivamente vir a fazer uso da droga, na medida em que o art. 31, do Código Penal, prevê que o ajuste ou a instigação e o auxílio só são puníveis se o crime chega ao menos a ser tentado.

As condutas guardam semelhança com o crime do art. 122, do CP. Nesse crime não se pune as condutas de induzir e instigar, se o suicídio não chegar a ser tentado e se da tentativa não resultar lesão corporal grave.

As condutas de induzir e instigar ao uso de drogas são FORMAIS, não exigindo que o agente esteja com a droga. Nesse caso, a conduta seria de oferecer a droga (art. 33, 'caput'). Logo, se o agente induz ou instiga, e está na posse da droga, o crime não será o do parágrafo 2º, mas do art. 33, 'caput'.

Na conduta de auxiliar ao uso de droga, o agente colabora materialmente, quer

fornecendo materiais, como “marica” para fumar “crack”, papel de seda para enrolar um “baseado” de maconha, quer explicando e demonstrando ao usuário a maneira de se consumir a droga, ou ainda segurando a droga para o usuário consumi-la. Todavia, o agente não pode fornecer a droga, o que vem a caracterizar o crime do art. 33, ‘caput’.

A conduta de auxiliar no uso da droga exige a comprovação da materialidade, com o objetivo de identificar a espécie de substância, bem como a apreensão da droga quando do uso, porque se não houver uso não há que se falar na conduta típica de *auxiliar o uso*. Se houve o uso e não há mais nenhuma materialidade, também não se pode falar no crime em tela, porque sua existência ficou apenas no mundo fático, sendo impossível comprová-la juridicamente. Deve-se observar que, havendo fornecimento da droga, ainda que gratuitamente, para a pessoa induzida, instigada ou auxiliada, a conduta do agente estará tipificada no art. 33, ‘caput’, e não neste § 2º.

Cabe destacar, ainda, que as condutas de induzir, instigar são formais, não havendo necessidade da presença da droga. **Todavia, mostra-se aberrante punir quem instiga ou induz pessoa determinada a usar droga e não punir quem faz apologia ao uso da droga.** O legislador, simplesmente, não faz qualquer referência a essa conduta, que sempre foi considerada grave (art. 12, § 2º, III, da antiga lei de Tóxicos nº 6.368/76), porque visa a um número indeterminado de pessoas.

Nas edições anteriores, fizemos o seguinte comentário ao art. 12, § 2º, inc. III, da antiga lei de Tóxicos (nº 6.368/76):

Trata-se de apologia ao uso ou tráfico de drogas, quando se visa a um número indiscriminado de pessoas. Não se aplicam ao caso os arts. 286 e 287, do CP, prevalecendo o princípio da especialidade. É uma fórmula genérica para incriminar a conduta de quem tiver como objetivo o incentivo ou a difusão ao uso ou ao tráfico de entorpecentes. A conduta é dolosa, e não configuram o crime as manifestações consistentes em críticas à punição do usuário, exposição de ideia em livro ou em música. Também não constitui crime o uso de camisetas, bóttons ou símbolos que lembram Bob Marley. Pode-se observar certa discriminação com uma banda conhecida por “Planet Hemp” (planeta maconha) quando se afirma que suas músicas incentivam o consumo de droga. Situação idêntica já ocorreu com outro músico, mas ninguém questionou igual objetivo. Só se pode reconhecer como típica a conduta do agente que tem o propósito de efetivamente incentivar ou difundir o uso/tráfico de drogas. É um crime formal, embora haja vozes em contrário, que se consuma com a realização da conduta, mesmo que não haja resultado concreto imediato, mas pode haver influência futura em alguém que venha a traficar ou fazer uso de droga, motivado pela ação do infrator. Se não for assim, jamais será possível configurar esse crime, pela impossibilidade absoluta de sua prova.

É bem verdade que o tipo penal possibilita interpretações abrangentes, o que representa um perigo à segurança jurídica, expressa na função de garantia da taxatividade do tipo penal.

Não se deve confundir as manifestações de movimentos que lutam pela liberação do uso da maconha, por exemplo. A ‘marcha’ contra a criminalização do uso da maconha foi abortada em Porto Alegre, porque as autoridades advertiram seus organizadores que haveria prisões por apologia ao uso de drogas. Trata-se de um equívoco, na medida em que a manifestação do pensamento é livre, como garantia constitucional, e não pode ser considerada apologia ao uso de droga a conduta do agente que defende a liberação do uso. Não se pode confundir com o estímulo ao uso. Se alguém afirmasse que maconha faz bem à saúde e que melhora o raciocínio das pessoas jovens, então não haveria dúvida de que se trata de verdadeiro estímulo ao seu uso. Isto é que caracteriza o crime em tela.

Mera manifestação de opinião sobre uso pessoal de droga ou a impertinência

da lei ao punir o consumo de entorpecentes, ou ainda, manifestar-se pela liberação de determinada droga, não representa, automaticamente, a apologia ao uso ou tráfico de drogas, que está a exigir um dolo de contribuir com a disseminação de uso do tráfico.

Portanto, **induzir ou instigar** alguém a usar droga é crime de duvidosa constitucionalidade, por violação aos princípios da proporcionalidade, lesividade ao bem jurídico e da necessidade de incriminação, na medida em que o legislador não incrimina a apologia ao uso de drogas, promovendo *abolitio criminis*. A despeito da pena reduzida, prevista no § 2º, não se concebe a permanência do tipo penal em comento na nova Lei de Drogas.

10.5 Tráfico minorado – redução de pena de 1/6 a 2/3

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Trata-se de inovação legislativa, verdadeira *novatio legis in melius*, visto que permite ao juiz, no caso concreto, minorar a pena daquele traficante que teve seu primeiro envolvimento com drogas, flagrado pelo sistema repressor.

A lei exige quatro requisitos: primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Há algumas incoerências nas exigências, que são cumulativas. No caso de ser o agente preso em flagrante por conduta isolada, é impossível avaliar os dois últimos requisitos. Se for preso juntamente com um grupo (devem ser no mínimo três agentes) e se também foram presos pela primeira vez e a polícia não tem informações sobre a atuação dos agentes, não se pode presumir que se trata de pessoas que se dedicam a atividades criminosas (condutas no plural, isto é não, basta apenas uma).

Entendemos que os requisitos acima, embora apresentados cumulativamente, não impedem que o juiz, no caso concreto, aplique a minorante, sem exigir a presença de todos.

No caso do agente integrar organização ou associação criminosa para traficar, haverá a incidência do art. 33, 'caput', ou § 1º, mais o art. 35, em concurso material, não se podendo falar na minorante em comento.

Em síntese, as exigências legais para a aplicação da redução da pena cabem ao Ministério Público provar sua ausência e não ao réu provar sua presença. Se não houver provas de que o agente integra organização criminosa ou se dedica ao crime, não há provas de reincidência, nem de maus antecedentes, por isso que o agente tem direito à redução.

A vedação, da conversão em penas restritivas de direitos não vai ser atendida cegamente pelos juízes. Ocorre que o STJ já possuía entendimento no sentido de se aplicar, em alguns casos de tráfico de drogas, a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos. Agora, então, com a minorante, com muito mais razão será cabível a substituição.

A matéria vai provocar controvérsias entre os cegos aplicadores da lei e os intérpretes comprometidos com a razoabilidade e o bom senso dentro da ideia de sistema penal como um todo.

Nós sustentamos o cabimento da conversão da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, apesar da proibição legal. Se o juiz chegou a reduzir a pena ao máximo

de 2/3, por exemplo, tendo em vista o que dispõe o art. 42, não pode haver impedimento para o magistrado, se entender cabível, a conversão.

Abrangência da minorante - aplica-se somente aos crimes tipificados no art. 33, 'caput', § 1º, I, II e III, não sendo aplicável aos §§ 2º e 3º, que já são formas privilegiadas de traficância.

A aplicação dos benefícios previstos nesse dispositivo legal, aos fatos já julgados, pode ser feita pelo Juízo da Execução, nos termos da súmula 611, do STF, tendo em vista que, necessariamente, não envolve exame de mérito sobre circunstâncias fáticas. Sustentamos a possibilidade de propor ação de revisão criminal. Haverá controvérsias sobre a medida judicial a ser adotada. Caso o juiz da execução tenha os elementos suficientes para formar sua convicção, acerca da possibilidade de concessão do benefício, não se vê óbices na sua aplicação. Todavia a matéria pode provocar situações de conflito entre o Ministério Público e o juiz da execução, quanto aos parâmetros que autorizam a redução da pena.

A hipótese legal vai provocar o desencarceramento de muitos traficantes condenados.

11 Maquinário, aparelhos, instrumentos ou objetos destinados ao tráfico

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

O texto legal é a reprodução do antigo art. 13, porém, o legislador ampliou o número de verbos nucleares, aumentando o espectro de incriminação. Foram acrescentados 5 novas condutas: *utilizar, transportar, oferecer, distribuir, entregar a qualquer título*.

O crime manteve a pena igual à antiga lei de Tóxicos (n. 6.368/76), modificando apenas a multa. Portanto, se trata de um crime contido no capítulo referente ao tráfico, mas com pena privativa de liberdade menor do que o art. 33, 'caput'.

O art. 34 da nova Lei de Drogas apresenta 11 condutas semelhantes ao art. 33, 'caput', porém estão ligadas a **maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto**, os quais tem sua destinação voltada para **preparação, produção ou transformação de drogas**.

Esse crime é subsidiário em relação ao art. art. 33, 'caput'. Ou seja, não se encontrando a droga em poder do agente, mas havendo maquinismo, aparelho, ou instrumento pode-se reconhecer um crime equivalente a tráfico. Exemplo: em uma busca e apreensão, em residência de traficante, a polícia não localiza a droga, mas encontra balança de precisão, com vestígios de cocaína, significa que este aparelho é utilizado na preparação de entorpecente. No caso, é de se reconhecer o art. 34. Entretanto, se fosse encontrada a substância entorpecente e a balança de precisão, estaria tipificado somente o art. 33, *caput*, dispensando-se a tipificação do art. 34, pelo maquinismo ou aparelho.

Não se deve confundir os aparelhos, maquinismos, instrumentos ou objetos destinados ao tráfico, com a posse de objetos tais como: maricas para consumo de maconha ou "crack", lâminas utilizadas na separação de cocaína ou papel para fazer cigarro (baseado). É comum encontrar na residência de traficante milhares de papéletes conhecidos como "Colomy" ou 'hemp', para enrolar maconha. Difícil é comprovar que tais papéis se destinam a preparar

droga, porque o agente pode ser fumante de tabaco. O crime em tela só estará configurado diante da comprovação de que tais maquinismos, instrumentos ou aparelhos têm destinação específica para o fabrico, a preparação ou a transformação de entorpecentes.

Podem ser objetos do delito tanto os laboratórios clandestinos, quanto os legalizados, bem como as atividades de fundo de quintal, desde que tenham o objetivo especificado acima.

Há necessidade de realização de perícia para demonstrar a destinação dos instrumentos, aparelhos, maquinismos ou objetos para a traficância. Cuidados são necessários para não confundir o tipo em questão com os objetos destinados ao uso de droga. Exemplificando: as lâminas de barbear, cachimbinhos, papéis para enrolar cigarro, ou plásticos para embalagem, bem como pedaço de vidro sobre o qual a droga é colocada.²³ São situações de atipicidade. Assim, instrumentos destinados à preparação do entorpecente não se equiparam ou se confundem aos instrumentos para o uso da droga.

12 ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA PARA TRÁFICO

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput desse artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36, desta Lei.

Trata-se de crime autônomo em relação ao tráfico. É uma forma anômala de quadrilha, eis que exige apenas 02 ou mais pessoas com o objetivo de cometer os crimes de tráfico (art. 33, 'caput', e parágrafo 1º e o art. 34).

A nova lei reproduziu o art. 14, da antiga Lei de Tóxicos (6.368/76). Todavia, acrescentou nova disposição, no parágrafo único, estendendo a incriminação à associação que tem por objetivo financiar o tráfico.

Consoante jurisprudência pacificada do STF²⁴ e do STJ,²⁵ o art. 35 configura-se pela efetiva

²³ RT 698/331.

²⁴ 1) É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que seja possível ocorrer concurso material entre os crimes de tráfico e de associação para o tráfico de entorpecentes (arts. 12 e 14 da Lei nº 6.368/76). Precedente. 2) Não cabe, em sede de "habeas corpus", tendo em vista o seu rito especial e sumário, o reexame de todas as provas e fatos do processo, para verificar se associação para o tráfico entre o paciente e os corréus era permanente (art. 14 da Lei de Tóxicos) ou eventual (art. 18, III, da mesma Lei). 3) Indeferimento do pedido para transformar o "habeas corpus" em revisão criminal, para assim ser processado perante o Tribunal coator, porque o paciente já ajuizou tal pedido, que está sendo processado. 4) "Habeas corpus" conhecido, mas indeferido (STF, 2ª Turma, HC 74.738-SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18/5/2001, p. 432; Acórdãos citados: HC 63611; HC 67386; HC 67443; HC 68996 (RTJ-140/169); HC 71639).

associação, com idéia de estabilidade e permanência. Deve haver “animus” associativo e não mero concurso eventual de pessoas. Assim, o crime de associação para tráfico não depende de apreensão da droga, sua comprovação pode ser feita nos mesmos moldes da quadrilha (art. 288 do Código Penal). Trata-se de crime formal, que se consuma com a demonstração do desígnio de convergência de vontades para traficar droga.

Quando identificada a associação, junto com o tráfico, haverá concurso material de crimes entre o art. 35 e os arts. 33, 'caput', parágrafo 1º ou 34. Sustentamos que a associação para uma única conduta de tráfico não configura o tipo do art. 35, embora a lei contenha, equivocadamente, a expressão “... reiteradamente **ou não**...”. Para configurar o crime é necessária a comprovação de que duas ou mais pessoas estão associadas para o fim de traficar. Não bastam suposições, é imprescindível apontar os elementos indicadores da vinculação subjetiva entre os agentes, seu ânimo de permanência e estabilidade da sociedade criminosa.

Assim, se A, B e C são presos em flagrante, com certa quantidade de droga e a polícia constata que já foram presos em várias oportunidades, pelo mesmo crime, bem como apresentam elementos probatórios de que dedicam sua vida ao tráfico, na medida em que possuem patrimônio incompatível com sua atividade laboral, pode-se identificar a associação. Todavia, se A, B e C são presos em flagrante com certa quantidade de droga e não há absolutamente nenhum elemento de prova que possa indicar a “affectio societatis”, não se pode falar em associação do art. 35.

Somos forçados a reconhecer que o legislador repetiu o equívoco da antiga Lei de Tóxicos (6.368/76) ao não exigir no elemento subjetivo do tipo a prática reiterada das condutas de traficância.

Transparece, nitidamente, do texto legal, que a realização de uma única conduta de traficância, isoladamente, desde que em concurso de agentes, já tipificaria o art. 35, da nova Lei de Drogas. Anote-se que a majorante do art. 18, III, da antiga Lei de Tóxicos (6.368/76), quanto à associação, *rectius*, concurso de agentes não foi mais repetida na nova lei. O legislador, intencionalmente, retirou a majorante do concurso eventual de pessoas do art. 18 e insiste no reconhecimento da associação para traficar, mesmo havendo mero concurso de pessoas. Assim, toda vez que dois ou mais agentes fossem presos com droga, haveria o reconhecimento de dois crimes: o tráfico (art. 33, 'caput') mais a associação para tráfico (art. 35), em concurso material. Essa foi, inequivocamente, a vontade do legislador. Não se pode negar, todavia, que se trata de uma aberração para criminalizar.

Eliminou-se a majorante do concurso eventual de pessoas e insistiu-se na conduta única de tráfico para caracterizar a associação para traficar. É o único caso, no sistema penal brasileiro, em que um agente responde por dois crimes, no caso de haver mero concurso de pessoas. Entendemos que se trata de um contra-senso. Sustentamos, de forma veemente, que a associação para traficar exige o ânimo específico em relação à prática reiterada de traficância,

²⁵ A majorante prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, ocorre quando a associação criminosa é meramente eventual, configurativa de simples concurso de agentes (coautoria ou participação), sem que haja quadrilha previamente organizada, pois nessa última hipótese, a “societas criminis” consubstancia crime autônomo, previsto no art. 14, do mesmo diploma legal. Tendo o Tribunal “a quo” concluído pela configuração do delito de associação tipificado no artigo 14, da Lei de Tóxicos, adentrar no exame da eventualidade ou definitividade do delito implica revolvimento profundo do conjunto fático-probatório delineado nas instâncias ordinária, providência inadmissível na via estreita do “habeas corpus”. Ordem denegada (STJ, 6ª Turma, HC 25437/RJ, rel. Min. Vicente Leal, j. 01/04/2003, DJ 22/04/2003, p. 00275). Para incidir o art. 18, III, da lei antitóxicos, basta haver o concurso eventual de agentes, não se exigindo que da associação participem menores ou incapazes, ou ainda que a droga se destine a eles. A “societas criminis”, prevista no art. 14, da Lei 6.368/76, é caracterizada pela habitualidade. No art. 18, ressaí a eventualidade de concurso de agentes. Recurso conhecido e provido (STJ, 5ª Turma, RESP 303481/AC, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 21/05/2002, DJ 24/06/2002, p. 00324).

pois, do contrário, a lei estaria punindo isoladamente o mero concurso eventual de pessoas, além da punição ao crime específico de tráfico. O art. 34, da nova Lei de Drogas, guarda semelhança com o art. 288, do CP, distinguindo-se apenas quanto ao número de participantes (bastam dois) e ao fim pretendido (traficar drogas). Seria o mesmo que punir duplamente, no caso de homicídio praticado por quatro agentes, tipificando a conduta no art. 121 e art. 288 em concurso material, sem qualquer prova no tocante à formação da quadrilha. Foi um erro legislativo que o STJ e O STF já haviam corrigido, e agora repetiu-se na nova lei.

Esse erro é tão grotesco que, no parágrafo único do art. 35, que trata da punição para a **associação para financiar o tráfico**, transparece evidente a exigência da lei que a prática do financiamento seja reiterada. Assim, se o agente financia apenas uma única vez o tráfico, em concurso de agentes, responderá somente pelo art. 36. Se financiar reiteradamente, então haverá também a associação para o financiamento.

Ora, o equívoco mostra-se patente: se a associação para financiar o tráfico só se caracteriza mediante a prática reiterada dessa conduta, então a associação para traficar também exige a prática reiterada. Do contrário estaremos diante de uma estupidez legislativa.

Outra questão que ainda poderá provocar discussões é o confronto do art. 35 com o art. 8^o da lei dos crimes hediondos, visto que está prevista expressamente a quadrilha de traficantes, com pena de 3 a 6 anos de reclusão, o que se choca com a regra do art. 15, que prevê 3 a 10 anos de reclusão para a associação de 2 ou mais pessoas. Até a edição da Nova Lei de Drogas a matéria não comportava mais discussões, estando pacificado o entendimento, tanto no STF²⁶, quanto no STJ,²⁷, no sentido de que o crime de associação para tráfico prevalece ante o art. 288, do Código Penal, porém, a pena é a mesma prevista no art. 8^o da Lei nº 8072/90. Portanto, para o crime do art. 35 da Nova Lei de Drogas, a pena seria também de 3 a 6 e não prevaleceria a pena máxima de 10 anos. Esse posicionamento dos Tribunais Superiores foi uma fórmula “mágica” para “salvar” o art. 14, da antiga Lei de Tóxicos (6.368/76), que não poderia mais subsistir ante as disposições do art. 8^o, da Lei nº 8.072/90.

Agora, todavia, a discussão vai ressurgir novamente. Isso porque a Lei nº 11.343/2006, é lei nova em relação à Lei dos Crimes Hediondos, valendo, então, as disposições daquela.

²⁶ “1) Crime de quadrilha ou bando. Associação para os fins de praticar o tráfico de drogas. 2) Lei nº 6368/1976, art. 14 e Lei nº 8072/1990, arts. 8º e 10. 3) O art. 8º da Lei nº 8072/1990 não revogou o art. 14 da Lei nº 6368/1976, a que se refere o art. 10 da Lei nº 8072/1990. A pena, no caso de quadrilha destinada à prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (Lei nº 6368/1976, art. 14) é a prevista no art. 8º da Lei nº 8072/1990. 4) Interpretação dos arts. 8º e 10 da Lei nº 8072/1990. Cuida-se de dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo. No exame da matéria, não há, pois, questão de direito intertemporal. 5) Antinomia aparente e antinomia real. Interpretação corretiva e interpretação abrogante: abrogação simples e abrogação dupla. 6) Aplicação, no caso, da interpretação corretiva, com conciliação sistemática, mediante interpretação restritiva de ambos os dispositivos (Lei nº 8072/1990, arts. 8º e 10), reservando-se ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha destinada à prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade, tal como descrito no art. 14 da Lei nº 6368/1976, nele referido. 7) Vigente, dessa maneira, o art. 14, da Lei nº 6368/1976, a absolvição da corré, quanto ao delito de associação, nesse dispositivo descrito, não é de estender-se ao paciente, em face da fundamentação desenvolvida no acórdão, que não merece reparo, também, de referência à dosagem da pena. 8) ‘Habeas corpus’ indeferido” (STJ, 2ª Turma, HC 72862/SP, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 25/10/96, p. 41028. Acórdãos no mesmo sentido: HC 73699-SP, DJ 25/10/96, p. 41029; HC 77940/RJ, DJ 26/03/99, p.0004; HC 77918/SP, DJ 20/08/99, p. 00023; HC 78329/SP, DJ 25/02/00, p. 0053; HC 75934/ES, DJ 10/08/00, p. 0003).

²⁷ O Supremo Tribunal Federal, por decisão majoritária, proclamou o entendimento de que em tema de associação para a prática do tráfico ilícito de entorpecentes, impõe-se a integração das duas normas regentes – art. 14, da Lei de Tóxicos e art. 8º da Lei nº 8.072/90 –, tomando-se a definição do tipo para a primeira e a fixação da pena para a segunda. – Recurso especial conhecido e provido (STJ, RESP 273245/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJ 05/8/2002, p. 00418).

Nesse sentido, pode-se concluir que a partir do dia 8.10.2006, a associação para tráfico de drogas terá sua pena máxima fixada em 10 anos e não mais vigorando o limite de 6 anos previsto no art. 8º, da Lei nº 8.072/90, enquanto o STF não expressar seu entendimento, em face da Nova Lei de Drogas.

12.1 Associação para financiar o tráfico

Art. 35, Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

Trata-se de nova definição típica, portanto **novatio legis incriminadora**. É crime formal, de consumação instantânea, não exigindo a prática efetiva do crime pretendido. Guarda semelhança com o crime de quadrilha (art. 288 do CP), distinguindo-se apenas quanto ao número de participantes (bastam dois) e quanto à finalidade (financiar ou custear a prática dos crimes de tráfico de drogas (art. 33, 'caput', e parágrafo 1º).

Quanto ao elemento subjetivo, o legislador empregou, corretamente, a expressão **reiteradamente**, o que significa que exige vínculo de permanência entre os agentes, conferindo estabilidade à organização. É um empreendimento criminoso que financia o tráfico. O crime é autônomo em relação ao art. 36, havendo concurso material entre a associação e o financiamento.

A título de exemplo, pode-se citar a hipótese de 2 ou 3 pessoas que juntam dinheiro e fundam um banco clandestino chamado 'THC' para financiar um ou mais traficantes. A associação se consuma no momento em que os agentes deliberarem que não será uma única conduta de empréstimo de dinheiro, mas de forma reiterada. Portanto, não basta emprestar dinheiro a traficante uma única vez, é necessário, para configurar o crime de associação para financiar o tráfico, que os agentes reúnam esforços e dinheiro para formar um empreendimento criminoso de financiamento. É um vertedouro de dinheiro (um 'valerioduto').

Trata-se de crime formal, cuja consumação não depende da efetiva entrega do dinheiro, nem mesmo da aquisição da droga, pelo traficante. Suas características são semelhantes do art. 35 "caput", distinguindo-se apenas pela prática reiterada do financiamento.

Se os agentes se associam para financiar, reiteradamente, e financiam efetivamente casos concretos, haverá concurso material entre os crimes do art. 35, parágrafo único, e o art. 36, na medida em que se trata de condutas que tiveram momentos consumativos distintos. É a mesma regra que já se aplicava ao antigo art. 12 (tráfico de drogas) e o art.14 (associação para traficar), reconhecendo-se a autonomia típica de cada figura (STF).

Não é possível aplicar-se a majorante do art. 40, VII ao crime do art. 36, sob pena de incorrer em *bis in idem*. A referida majorante incide nos casos de traficantes que agem em concurso de agentes e um deles custeia ou financia o tráfico. Por exemplo: "A" vende droga para "B" – que é revendedor – mas este não tem dinheiro para pagar, então "A" vende fiado. Nesse caso, estará custeando o tráfico. Assim, além de traficar – art. 33, 'caput' - está custeando a traficância.

Dessa feita, a majorante em questão deve estar vinculado ao crime de traficância e não ao art. 36, porque se financiar já constitui crime autônomo, a mesma circunstância não pode majorar a pena.

13 FINANCIAMENTO OU CUSTEIO DO TRÁFICO

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

13.1 Observações iniciais

No artigo 36, da Nova Lei de Drogas, o legislador inovou ao prever o crime de *financiar* ou *custear* a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e §1º, e 34 desta lei.

Muita divergência há no que tange a essa infração penal, em especial em relação à finalidade pretendida pelo legislador bem como à sua necessidade de tipificação autônoma ou não, quanto à consumação (formal ou material), a ser instantâneo ou permanente, quanto à sua aplicação, à punibilidade e ao *bis in idem* relativo ao art. 40, inciso VII e à consumação.

Parece-nos que a intenção do legislador foi muito boa, pois sabedor de que um dos grandes problemas (senão o maior) da insegurança e da criminalidade que assola o país é o tráfico de drogas, seguindo o denominado *direito penal máximo*, na tentativa de combater o crime diretamente na fonte, buscou a tipificação e um tratamento mais severo àqueles que detêm o poder econômico do crime.

Para tanto, tipificou o *financiar* ou *custear*, quando na realidade, tais comportamentos delitivos, embora não previstos expressamente (em verbos) nas antigas Leis Antitóxicas, não impediam que os financiadores ou custeadores fossem punidos como traficantes, em face da norma de extensão do art. 29, do CP, que se refere ao concurso eventual de pessoas.

Em face de tal assertiva, há quem defenda ser absolutamente desnecessário o art. 36, da Nova Lei De Drogas, ou porque o legislador poderia ter posto as condutas de *financiar* ou *custear* entre os tantos verbos do *caput* do art. 33, ou, ainda, se quisesse ser mais explícito e repressor, poderia fazê-lo inserindo a ele um parágrafo, como se fosse uma forma qualificada de traficância²⁸.

13.2 Tipo objetivo

Para o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa²⁹, *Financiar* é 'sustentar os gastos (de, com); prover o capital necessário para; custear, bancar (...)', o que nos leva a uma leitura com dois aspectos. O primeiro, de estarmos diante de duas expressões sinônimas, o que, então, tornaria, desnecessária a utilização de um ou de outro verbo nuclear no tipo penal, o que levaria o legislador a uma atécnica tipificação em face da repetição. Ademais, e mais relevante que a primeira observação, é que seguindo os conceitos do autor e tomando a liberdade de complementarmos o que deixou entre parênteses para que o leitor o fizesse, podemos perceber nitidamente que quem *financia* 'sustenta os gastos de' (... alguém) ou 'sustenta os gastos com' (...dinheiro ou bens), ou 'provê o capital necessário para' (...adquirir ou locar um bem), ou seja, atua de longe, não age diretamente no tráfico, não integra a execução direta, imediata dos verbos tipificados para as condutas de tráfico, mas apenas o *financia* o que, bem verdade pode ser a conduta mais reprovável.

Contudo, nos parece que, embora sinônimos, o legislador quis dar significados diversos

²⁸ Guilherme de Souza Nucci, op. cit., p. 786.

²⁹ op. cit., p. 1346.

para os dois comportamentos. Entendemos que *financiar* está diretamente relacionado aos valores financeiros, ao dinheiro aplicado no tráfico, v.g. na compra, importação ou exportação da droga, enquanto *custear* pode ser também em relação a coisas ou bens que auxiliem no tráfico como emprestar carros, caminhões, motocicletas, embarcações, aeronaves para uso na distribuição da droga ou até mesmo o pagamento de aluguel de determinado imóvel para guardar ou depositar o produto do ilícito.

Além do que, já que estamos tratando de aspectos econômicos, podemos fazer uso dos significados dados pelas instituições financeiras ou bancárias para ampliar esses conceitos. *Financiar* seria, ainda, a conduta atribuída ao agente que pode ser procurado sempre que os traficantes diretos precisarem de capital para fomentar a traficância, como se fosse fornecedor de dinheiro ao ilícito, ou seja, *financiadores* são os banqueiros do tráfico, que não se envolvem diretamente com a droga e sua distribuição, mas, à *distância*, têm participação decisiva no delito e, logicamente, buscando altos lucros, em relação ao valor investido. Para ficar ainda mais nítida a explicação, poderíamos fazer um comparativo do traficante direto como sendo o cidadão que, precisando de dinheiro, sabe que pode se dirigir a uma instituição bancária para consegui-lo, que é o *financiador*, que, por sua vez, cobrará os juros que achar devido por ter alcançado o valor ao financiado.

Custear seria o caso do sujeito que, embora não tenha esse tipo de operação como principal forma de obter rendimentos, sempre que for necessário, *custeará*, ou seja, alcançará os valores referentes aos *custos* do tráfico, *emprestando* o dinheiro sem maior intenção de lucro, ou custeando os bens que dão suporte ao tráfico, como ocorre com algumas instituições financeiras que *custeiam* o plantio e a colheita da agricultura, no país.

Independentemente de alcançar dinheiro, com ou sem intenção de lucro, objetos ou coisas que auxiliarão na manutenção ou crescimento do tráfico, o legislador prevê a incidência da maior das penas na Nova Lei De Drogas, tanto na privação de liberdade – reclusão, de 08 a 20 anos – quanto em relação à multa – pagamento de 1.500 a 4.000 dias-multa – exatamente porque, seja financiador ou custeador, trata-se de pessoa que, além de dar efetiva segurança à manutenção da traficância, tem bom aporte financeiro, razões que justificam o rigorismo na previsão da pena reclusiva e na elevada pena de multa, de cunho econômico-retributivo-educativo.

13.3 Elemento subjetivo

A conduta de *financiar* ou *custear* é dolosa, assim, aquele sujeito que investe em determinada empresa ou serviço e, posteriormente, em razão de sua conduta culposa (negligente) de não ter tido o cuidado de exigir prestação de contas, toma conhecimento de que parte desse valor fora desviado e utilizado no tráfico de drogas, não poderá ser considerado sujeito ativo do crime do art. 36, sob pena de estarmos diante da odiosa e inadmissível responsabilidade penal objetiva. Porém, pelo fato de o citado dispositivo não exigir elemento subjetivo específico, responderá como autor do delito de *financiar* ou *custear* o tráfico aquele sujeito que, mesmo desconfiando do envolvimento das pessoas que o procuraram com o tráfico e, ainda assim, alcança o valor pretendido que realmente vem a ser usado no crime de tóxicos.

13.4 Aplicabilidade do art. 36

É importante observarmos que o art. 36 limita o *financiar* ou *custear* aos crimes dos arts. 33, *caput* e §1º, e 34, o que, pelo princípio da legalidade, exclui como conduta criminosa autônoma o financiamento dos crimes dos arts. 28, 33, §§2º e 3º, 35, 37, 38 e 39. Assim, se *financiar* os crimes dos arts. 33, *caput* e §1º, e 34, responderá pelo crime do art. 36; se *financiar* ou *custear* os demais crimes da Lei 11.343/06, não poderá responder pelo art. 36, mas poderá responder por tráfico majorado – art. 40, VII.

Além da limitação legal, denota-se a impossibilidade fática do financiamento ou custeio dos delitos excluídos. Em relação ao uso, porque seria uma conduta afeita ao art. 33, que, porém, nem no *caput* nem no §1º, faz a previsão da conduta financiar ou custear. Quanto aos crimes de tráfico dos §§2º e 3º, seria praticamente impossível *financiar ou custear* o induzimento, a instigação e o auxílio ao uso de drogas (§2º), ou o oferecimento de droga, eventualmente, para pessoas próximas, para juntos a consumirem (§3º). Igualmente fica patente a absoluta incompatibilidade entre as condutas de financiar e custear com a colaboração como informante (art. 37), a prescrição culposa de drogas (art. 38) e a condução perigosa de embarcação após o consumo de drogas (art. 39), em razão da absoluta. Conclui-se, então, que realmente não havia razão para previsão desses comportamentos em relação às demais infrações, a exceção ao art. 35 (associação ao tráfico), que pode ter envolvimento com o financiamento ou custeio.

13.5 Crime de *financiar o tráfico* ou *crime de tráfico majorado pelo financiamento* ?

Estamos diante de um conflito aparente de normas nos arts. 36 e 40, inciso VII, da Nova Lei De Drogas?

E mais, como se dá a incidência da majorante de um sexto a dois terços do art. 40, inciso VII – em razão do agente financiar ou custear a prática dos crimes dos arts. 33 a 37?

Para respondermos tais indagações precisamos começar distinguindo os casos de incidência do art. 36 dos de aplicação da majorante do art. 40, inciso VII.

Conforme explicamos o art. 36, é um delito autônomo no qual o agente financia ou custeia o tráfico a distância sem, no entanto, ter participação diretamente na execução do tráfico. Ele apenas financia os traficantes diretos, os traficantes executores, mas não importa, exporta, remete, guarda, adquire, vende a droga, nem os instrumentos ou maquinismos destinados à sua preparação, nem, por fim, pratica as condutas relacionadas ao plantio e as de utilizar local que tenha a posse para o tráfico de drogas. Ou seja, tão somente *financia*, não executa nenhum dos outros verbos do tráfico, sob pena de responder pelos delitos do art. 33, *caput*, §1º ou 34.

Agindo assim, sem atuação direta na execução do tráfico, o agente responderá exclusivamente pelo crime do art. 36 – financiar o tráfico. Exemplificando: João que emprestou R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para que os traficantes Pedro e Paulo adquirissem droga e a distribuíssem na Grande Porto Alegre, responderá pelo crime do art. 36.

Se, no entanto, João também for traficante, tal como Pedro e Paulo, executando pessoalmente os verbos dos art. 33, *caput* e §1º ou 34, ou seja, um traficante direto, um traficante executor que, por, ter mais condições econômicas, *financia* seus comparsas, responderá pelo art. 33, *caput* ou §1º ou 34 (conforme a conduta), com a causa de aumento de pena do art. 40, inciso VII. Exemplificando: Se Pedro, que trafica juntamente com Paulo na aquisição e venda de drogas, investir o dinheiro que ganhou com o tráfico na compra de drogas, responderá pelo crime de tráfico do art. 33, *caput*, pelo verbo *adquirir*, com a incidência da majorante do art. 40, inciso VII, por *financiar ou custear a prática do crime*. O que, obviamente, não poderá jamais ocorrer é a incidência concomitante dos arts. 36 e 40, inciso VII, sob pena de *bis in idem*.

Em conclusão, pode-se afirmar que o crime de financiamento ou custeio do tráfico de drogas limita-se aos crimes do art. 33, 'caput', parágrafo 1º, e art. 34, não podendo ser estendido às demais figuras típicas. Trata-se de crime praticado por agente que não se envolve nas condutas de traficância, permanecendo à distância dos traficantes. Se o próprio traficante financia o tráfico, sua pena por atos de traficância será majorada conforme o art. 40, VII.

Não confundir o crime de **financiar o tráfico** (art. 36) com o de **associação para financiar reiteradamente o tráfico** (art. 35 parágrafo único).

A associação para financiar o tráfico de forma reiterada – conforme tipo penal disposto no art. 35 parágrafo único da Lei nº 11.343/2006 - caracteriza-se pela reunião de esforços de 2 ou mais pessoas para constituírem um capital que vai ‘banciar’ reiteradamente a traficância executada por terceiros. Seria semelhante à fundação de um Banco THC, por exemplo. Seus integrantes reuniriam o dinheiro e seria uma fonte financiadora para os traficantes. O objetivo seria manter a organização financeira ativa para servir de suporte aos traficantes.

Os agentes do delito do art. 35, parágrafo único, necessariamente devem ter emprestado dinheiro mais de uma vez, porque o tipo exige a reiteração das condutas. Nesse caso, é possível a condenação por esse dispositivo, como crime autônomo e formal que é, em concurso material com o art. 36, o financiamento ou custeio do tráfico. Ocorre que a associação para financiar traficantes é uma conduta mais perigosa socialmente, na medida em que representa maior dinâmica aos traficantes, inclusive com expansão de seus negócios. Seria um ‘banco’ de fomento aos traficantes. Assim, a Nova Lei de Drogas pune pela associação permanente de ‘banqueiros’ e pune pelo empréstimo do dinheiro aos traficantes. Não se trata de ‘bis in idem’, porque a associação com ânimo de permanência assemelha-se ao art. 288 do CP, enquanto o financiamento propriamente dito tem outra objetividade jurídica.

13.6 Relevância causal para o tráfico

No entanto, caso essa associação seja descoberta somente após a sua efetiva atuação no tráfico de drogas, João responderá pelo crime do art. 36, porque o seu investimento na associação acabou sendo relevante para os crimes de tráfico do art. 33, *caput*, por exemplo, pelo fato de a droga ter sido guardada no imóvel que foi locado com o dinheiro do seu financiamento, ou distribuída com os veículos adquiridos pela associação diante do seu custeio.

13.7 Natureza do crime

Esse último exemplo serve muito bem também para explicitarmos que a conduta de financiar ou custear não pode ser considerada permanente, pois não estamos diante de um crime que se protraia no tempo, como um crime de sequestro ou cárcere privado, mas diante de um crime instantâneo, que se consuma quando o agente *financia ou custeia a prática* dos crimes dos arts. 33, *caput* e §1º e 34. Ou seja, somente haverá a responsabilização do agente se os crimes de tráfico realmente forem *praticados*. Estamos, então, diante de um *crime instantâneo de efeitos permanentes*.

14 COLABORAR COMO INFORMANTE

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Trata-se de inovação legislativa, mas de pouco alcance prático. Pela lei anterior, a conduta do informante poderia ser considerada típica no art. 12, desde que vinculado ao concurso de agentes (art. 29 do CP) e identificada a conduta de traficância de quem era informado.

O legislador exige que o informante esteja vinculado a **grupo, organização ou associação**

de traficantes, logo, pode-se concluir que ser informante de traficante singular torna a conduta atípica. Assim, a polícia, ao prender o informante, terá obrigatoriamente o ônus de reunir elementos probatórios de que ele trabalha para um grupo, associação ou organização de tráfico. Este primeiro obstáculo para a tipicidade representa o principal problema para o reconhecimento do crime em tela.

O segundo óbice à efetividade desse crime reside no sujeito ativo que, na maioria das hipóteses, é adolescente ou criança (ver documentário de MV Bil sobre 'Falcões', os meninos do tráfico no Rio). Assim, a polícia, ao subir os morros, ao ser denunciada pelo informante (fogueteiro, sinalizador, etc.) vai prender geralmente criança ou adolescente, sujeita ao procedimento do ECA. Resultado pífio e sem nenhuma efetividade. Há centenas na fila para exercer esta atividade.

O surgimento do informante nos crimes de tráfico deve-se, inicialmente, à questão geográfica dos locais de tráfico. Antigamente, os traficantes, localizados nos morros, podiam observar a movimentação da polícia e dos clientes a distância. Com a explosão demográfica e o excesso de construções, a visualização tornou-se precária. Surgiu a figura do informante, que fica no pé do morro e sinaliza ao traficante a presença de algo suspeito.

Não é difícil à polícia identificar, visualmente, o informante, que, normalmente, sai em disparada por um labirinto de ruelas ou informa, via celular ou rádio, a aproximação policial. A dificuldade, no caso de captura desse agente, é obter dele a informação relativamente a quem ele está informando. Também são informantes pessoas que residem em locais estratégicos do ponto de traficância e recebem proteção como retribuição do traficante.

Também pode ser considerado o caso de policial que vaza informações sobre operações policiais e informa ao grupo de traficantes. Poder-se-ia fazer um paralelo com o antigo crime do art. 17, da Lei n.º 6368/76. Todavia, entendemos, nesse caso, que seria melhor considerar o policial informante como partícipe da organização e dos crimes de traficância, através do concurso de agentes (art. 29 do CP).

Não se afasta a possibilidade de identificar o crime do art. 37 para o agente público que passa informações privilegiadas a traficantes. Todavia, o reconhecimento desse crime afasta a possibilidade de tipificação pelo art. 33, 'caput', e § 1.º, e art. 35, parágrafo único.

Quem é informante não faz outra coisa a não ser informar. Não toma parte de atos de traficância. A pena é significativamente inferior à do traficante, mas é rara sua aplicação, na medida em que os destinatários dessa norma são, na maioria das vezes, crianças ou adolescentes, os quais dificilmente chegam à idade adulta. Portanto, a inovação legislativa é de baixa efetividade no combate ao crime de tráfico.

15 PRESCREVER OU MINISTRAR CULPOSAMENTE DROGAS

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente

Trata-se de reprodução do art. 15, da antiga Lei de Tóxicos (6.368/76), mantida a pena

privativa de liberdade nos mesmo patamar da lei anterior, modificando-se apenas a multa.

É ridículo incluir esse crime no capítulo da **traficância**, porque as condutas são **culposas**, e nada tem a ver com o tráfico de drogas. É o único crime culposo da Lei nº 11.343/2006 e só pode ser praticado por pessoa determinada, portanto, é um crime próprio. O médico ou dentista, na forma de prescrever; e o farmacêutico ou o profissional de enfermagem, na modalidade de ministrar. Essas condutas normalmente ocorrerão em hospitais, clínicas ou consultórios.

Não se deve confundir com as condutas do art. 33, *caput*, em que a ação é dolosa. Conforme já exposto anteriormente, prescrever consiste em receitar ao paciente a droga, enquanto ministrar é a ação de aplicar ao paciente, quer por via oral, quer endovenosa ou muscular, a substância. A modalidade de prescrever é um crime formal, consumando-se com a entrega da receita ao paciente, não depende da efetiva aquisição e uso da droga. Não admite tentativa, porque o crime é culposo e, no direito penal, esta modalidade não aceita o “conatus”.

Embora se trate de crime culposo, que geralmente é tipo penal aberto, o legislador restringiu a culpa a duas situações: a) a quantidade receitada ou ministrada é evidentemente superior à necessária. Ocorre na hipótese, por exemplo, do médico prescrever determinada substância em dose de 50mg quando deveria ser de 5mg. O mesmo erro pode ocorrer por parte do enfermeiro, que, em vez de ministrar a dose prescrita, aplica o décuplo, o que pode levar o paciente à morte. Nesta hipótese, surgindo o resultado, o agente responderá apenas pelo homicídio, na medida em que o crime mais grave absorve o menos grave (crime progressivo), porque o crime do art. 38 é de perigo e não de dano; b) a segunda situação ocorre quando a substância entorpecente prescrita ou ministrada não é necessária ao paciente. Aqui ocorre um erro na receita ou na aplicação do entorpecente.

Exemplificando: o médico comete erro grotesco de diagnóstico e submete o paciente a intenso tratamento com entorpecente, quando era evidentemente desnecessário. Não é problema de dosagem, mas de absoluta desnecessidade de utilização de entorpecente no tratamento. É sabido que os laboratórios multinacionais pressionam os médicos a prescrever entorpecente e também é sabido, por todos, que há uma legião de dependentes de droga, em razão de uma política de tratamento de determinados transtornos.

Ao contrário do que alguns autores sustentam, o médico também pode ter sua conduta tipificada nessa segunda situação, porque se é crime prescrever em dose superior à recomendada, com muito mais razão haverá de se punir a conduta de prescrever em razão de um equivocado entendimento para o caso concreto. É a hipótese do médico que consulta por telefone sem fazer a correta anamnese do paciente, prescrevendo substância entorpecente, quando era absolutamente desnecessária. Em se tratando de profissional de enfermagem, pode-se exemplificar com a hipótese de quem ministra substância entorpecente quando o prescrito foi outro medicamento. Aplica Demerol (entorpecente) quando foi prescrito Paracetamol (analgésico).

A situação em análise não pode ser confundida com a hipótese do profissional de enfermagem que erra a pessoa a quem deve aplicar a substância entorpecente prescrita. Nesse caso, pode-se reconhecer lesão corporal culposa ou, se o paciente vier a falecer, em razão da droga aplicada, haverá homicídio culposo. Isso porque a conduta não se adapta ao art. 38.

É extremamente difícil o reconhecimento das condutas previstas no art. 38, em face das peculiaridades que cada caso exige, bem como da prova a ser produzida.

16 CONDUZIR EMBARCAÇÃO OU AERONAVE APÓS CONSUMO DE DROGA

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no caput deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Trata-se de novo tipo penal, portanto **novatio legis incriminadora**. É a reprodução do art. 306, da Lei nº 9503 (CTB), aplicável aos veículos automotores para vias terrestres.

Não se trata de crime que ofende a saúde pública, portanto, sua posição topográfica no capítulo dos crimes de tráfico é completamente sem sentido. O crime em questão ofende a incolumidade pública, a segurança aérea ou a segurança marítima.

O crime é de perigo concreto, sendo necessário, portanto, realizar manobras com a embarcação ou a aeronave, de forma a criar uma situação potencial de perigo. Não basta o perigo remoto. Assim, se um piloto de avião, durante o voo fuma maconha, mas isso em nada interfere na rota, nem nas manobras de aterrissagem, pois tudo correu perfeitamente, então, não há que se cogitar do crime em comento. O perigo deve ser real para terceiros, normalmente, passageiros ou pessoas que potencialmente poderiam ser atingidas. O agente pilota mal, criando uma situação de risco concreta.

Se o agente ingeriu droga e conduz embarcação (navio, barco, lancha, veleiro, ou qualquer embarcação que exija habilitação da marinha), ou aeronave (avião de pequeno ou grande porte, ou qualquer aeronave que dependa de licença da autoridade competente), de forma perigosa, e, ao ser detido ainda traz consigo droga para uso pessoal, a hipótese reclama dois tipos penais: art. 39 em concurso material com o art. 28, ambos da Lei nº 11.343/2006.

A pena privativa de liberdade é semelhante ao art. 306, do CTB, mas a pena de multa de 200 a 400 dias-multa segue o padrão da nova Lei de Drogas:

Art. 43. Na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo.

Parágrafo único. As multas, que em caso de concurso de crimes serão impostas sempre cumulativamente, podem ser aumentadas até o décuplo se, em virtude da situação econômica do acusado, considerá-las o juiz ineficazes, ainda que aplicadas no máximo.

Portanto, houve uma significativa modificação no tocante à pena de multa.

16.1 Majorante para quem conduz embarcação ou aeronave após ingerir droga

O legislador também inovou em relação ao agente que conduzir embarcação ou aeronave de **transporte coletivo de passageiros**, estabelecendo pena privativa de liberdade, equivocadamente denominada de prisão, de 4 a 6 anos, e multa de 400 a 600 dias-multa.

Trata-se de regra extremamente grave para um crime de mero perigo, na medida em que o homicídio culposo do Código Penal tem pena de detenção de 1 a 3 anos e o homicídio culposo, na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB) tem pena de detenção de 2 a 4 anos.

Diante desse contexto é de se indagar: Se o agente pilota embarcação de transporte de passageiros após ingerir droga, gerando perigo à incolumidade de outrem estará sujeito à pena de 4 a 6 anos. E se matar os passageiros ou terceiros, qual será a pena? Haverá concurso entre crime de perigo e crime de dano?

Entendemos que houve um equívoco legislativo ao punir de forma exagerada o crime de perigo no art. 39, parágrafo único, na medida em que a pena é o quádruplo da que corresponde ao homicídio culposo. Certamente, os Magistrados refletirão muito sobre isso. Quando ocorre morte na realização de uma manobra perigosa, tem-se um resultado concreto e o crime de perigo cede lugar a outro tipo penal. No caso, será o art. 121, § 3º, do Código Penal. A pena para esse crime de homicídio será de detenção de 1 a 3 anos. Portanto, muitíssimo inferior ao parágrafo único do art. 39. Assim, é preferível ao agente que transporta passageiros após ingerir droga, que ocorra resultado morte, porque a pena será significativamente menor.

Evidentemente que os magistrados vão adequar a pena ao princípio constitucional da proporcionalidade. O parâmetro é o CTB, que prevê majoração de pena no caso transporte de passageiros. É impossível aceitar aplicação de pena de reclusão de 4 a 6 anos para um crime de perigo se o resultado, uma vez ocorrido, pune de forma bem mais branda. Foi uma inovação legislativa sem critérios e que ofende princípios constitucionais.

17 MAJORANTES PARA OS CRIMES DE TRÁFICO

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

- I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;
- II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;
- III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;
- IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;
- V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;
- VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;
- VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Melhorou a legislação em relação à lei anterior ao mencionar especificamente quais as condutas que estão sujeitas à majoração da pena. Somente os tipos penais art. 33 a 37 estão sujeitos à incidência da majorante.

Houve uma ampliação das causas de aumento de pena e foi alterado o parâmetro mínimo da majoração, que antes era de 1/3, passou para 1/6. Assim, trata-se de *novatio legis in mellius*,

para as hipótese que já constavam da lei anterior e tiveram a majoração mínima reduzida para 1/6. Porém, para as hipóteses novas, que não constavam da lei anterior, a majorante representa *novatio legis in pejus*.

É importante frisar que todos os réus, condenados pela majorante do art. 18 da antiga lei de Tóxicos (nº 6.368/76), têm direito de rever sua pena, tendo em vista que a nova majorante prevê um aumento mínimo de 1/6 e não mais 1/3, portanto cabível a revisão criminal para quem ainda está cumprindo a pena.

De plano, verifica-se que as condutas do art. 33, § 2º, e § 3º são incompatíveis com algumas causas especiais de aumento de pena. Por exemplo: I – transnacionalidade do delito; IV – crime praticado com violência ou ameaça à pessoa; V – tráfico entre Estados.

17.1 Tráfico internacional e competência – art. 40, I

Inicialmente, cabe observar que o legislador manteve o mesmo equívoco da lei anterior ao condicionar na presença de uma majorante o critério de fixação de competência por matéria. O argumento prende-se ao fato de haver nulidade absoluta do processo nos casos em que a Justiça Federal julga traficante internacional e não consegue fazer a prova da transnacionalidade. Entendemos que deveria haver uma regra de ordem processual, determinando que o juiz federal, ao concluir pela inexistência da majorante no curso da instrução ou na sentença, teria sua competência prorrogada para o julgamento do mérito.

No caso de não haver evidências da transnacionalidade quando do oferecimento da denúncia, o juiz deve declinar da competência para a Justiça Estadual e não recebê-la. Diversa é a hipótese de não se comprovarem os indícios do tráfico internacional após a instrução. Entendemos que o Juiz Federal deveria ter sua competência prorrogada, porque o crime ontologicamente é o mesmo, a diferença reside unicamente na presença ou não da majorante da transnacionalidade.

Infelizmente, a lei assim não dispôs. Se o processo correu na Justiça Federal e a prova da transnacionalidade não se efetivou, alegam-se os traficantes, porque o processo será anulado e tudo recomeçará do zero, na Justiça Estadual, com altíssima chance de impunidade.

Veja-se, a propósito, as decisões do STJ³⁰ a respeito.

³⁰ A (...)1. Processo que se iniciou perante a Justiça Federal, por ter entendido, a denúncia, se tratar de tráfico internacional de entorpecentes. Posterior pedido de declinação da competência não aceito pelo Juízo processante, que, ao final, condenou o paciente por tráfico interno. 2. Trata-se, in casu, de competência absoluta da Justiça Estadual, fixada pela Constituição Federal, tornando incabível a aplicação analógica do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, disciplinado no art. 81 do CPP. Existência de apenas um delito, incoerência de hipóteses de conexão ou continência. 3. Ordem concedida para que seja declarada a nulidade do feito, desde seu início, com remessa imediata ao Juízo Estadual de Foz do Iguaçu (PR). Estando o paciente preso cautelarmente desde setembro de 2003, portanto, há mais de dois anos, determino seja colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso. (HC 37581 / PR ; HABEAS CORPUS 2004/0113144-0 Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 29/11/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 19.12.2005 p. 474 LEXSTJ vol. 198 p. 279)

Para definir se determinada conduta descrita nos arts. 33 a 37 apresenta transnacionalidade, o legislador estabeleceu critérios, tais como: a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito. É necessário ter cautela para não cometer equívoco, porque a natureza e a procedência da droga isoladamente não são suficientes para identificar a majorante em tela. Veja-se, por exemplo, o caso da cocaína ou heroína, que é totalmente importada (o Brasil não fabrica). Não se pode reconhecer tráfico internacional na ação de quem vende cocaína no centro de São Paulo, se ele é apenas um revendedor da droga. Não fosse assim, toda a cocaína vendida no país configuraria tráfico internacional de drogas.

A majorante em questão aplica-se principalmente às condutas de importar e exportar³¹, mas também transportar e até trazer consigo. Exemplificando. Uma camponesa boliviana, procedente da Colômbia, foi flagrada no aeroporto de Guarulhos-SP, durante procedimento de embarque em voo internacional para Zurik, com 7 kg de cocaína, presos ao seu corpo, com fita adesiva. Trata-se de “mula”, que não importa nem exporta, mas apenas transporta ou traz consigo a droga numa ação de tráfico internacional, porque há vinculação entre agentes do crime na esfera internacional (quem produziu e remeteu, quem transporta e quem recebe a droga para difusão). As condutas normalmente estão relacionadas a corredores de tráfico previamente estudados, elaborados e definidos (rotas).

Duas variáveis devem ser consideradas: a cooperação entre os agentes do crime em âmbito internacional e a abrangência da infração, na prática nos seus efeitos, violando normas de mais de um país.³² Não se deve confundir com o pequeno tráfico que ocorre em região de fronteira. Exemplo: o agente adquire 10g de maconha em Rivera (Uruguai) e a vende em Livramento (Brasil). Trata-se de simples tráfico porque é uma ação isolada do agente, que não apresenta o caráter de transnacionalidade.

Assim, a prisão de alguém com droga em município próximo à fronteira de país, conhecido

B (...) 1) Hipótese em que o paciente foi seguido por policiais federais, tendo sido preso logo após ter entregado uma mala preta contendo cocaína a uma co-denunciada, configurando a hipótese de flagrante impróprio ou quase-flagrante, equiparável ao flagrante próprio para o efeito de prisão. 2) **O simples fato de a substância entorpecente ter sido adquirida em cidade brasileira que faz fronteira com a Província de Letícia, na Colômbia, não permite presumir que a mesma tenha sido adquirida naquele país, apto a caracterizar o tráfico internacional de drogas.** 3) Não demonstrada a internacionalidade do tráfico de entorpecentes, afasta-se a competência da Justiça Federal, declarando a nulidade do feito desde o recebimento da denúncia, com a remessa dos autos à Justiça Estadual. 4) Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.(HC 38510 / PA ; HABEAS CORPUS 2004/0135856-9 Relator Ministro GILSON DIPP Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 18/11/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 13.12.2004 p. 400)

³¹ **Demonstrando os indícios ter sido o crime perpetrado em diversos Estados da Federação, visando à exportação da substância entorpecente para o mercado europeu, indubitável a internacionalidade do tráfico e a competência da Justiça Federal** para o seu processamento e julgamento, em consonância com o art. 109, inciso V, da Constituição da República. Firmou-se a competência pela prevenção da 11ª Vara Federal, da Seção Judiciária de Goiás, eis que se trata de infração praticada em território de mais de uma jurisdição e este Juízo Federal foi o primeiro a decidir pleito formulado pela Polícia Federal, dando início às investigações, tornando-se, dessa forma, prevento para conhecer e decidir a ação penal. Excesso de prazo que não configura constrangimento ilegal, eis que se tratam de catorze acusados em **crimes diversos, um deles hediondo, com reflexos no Brasil e na Europa**, onde as características do feito conferem razoabilidade à demora na formação da culpa. O lapso temporal para conclusão do processo criminal submete-se ao princípio da razoabilidade, não constituindo uma simples soma dos prazos processuais. Ordem DENEGADA. (HC 55263 / GO ; HABEAS CORPUS 2006/0041078-8 Relator(a) Ministro PAULO MEDINA (1121) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 16/05/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 01.08.2006 p. 558).

³² RODRIGUES, João Gaspar. *Op. cit.*, p. 11.

como corredor de tráfico, não autoriza concluir automaticamente pela transnacionalidade.³³

Pertinente observar que, para ser reconhecido o tráfico internacional por importar, a droga procedente do exterior também deve ser considerada ilícita, no país de origem, do contrário, será tráfico simples. É o caso do cloreto de etila, principal componente do “lança-perfume”, procedente da Argentina, onde é utilizado como aromatizador de ambientes.³⁴ O mesmo se dá em relação à nacionalidade do autor do delito, pois, conforme a jurisprudência dominante, a simples circunstância de o acusado ser estrangeiro não remete à competência do processo à justiça federal,³⁵ que é a competente para a persecução penal dos casos de tráfico internacional.

O Brasil não produz cocaína, porque o clima não é apropriado para o cultivo da coca, mas nem por isso deve ser considerado tráfico internacional para quem transporta razoável quantidade da droga no país. É imprescindível a prova da transnacionalidade da conduta.³⁶

O art. 70 da Lei nº 11.343/2006 tem disposição expressa no sentido de que o processo e

³³ CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORANTE DO ART. 18, INCISO I, DA LEI N. 6.368/76. NÃO-APLICAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1) Não se pode afirmar a existência de tráfico internacional com um único indício da localização geográfica da cidade. In caso, a substância entorpecente foi apreendida dentro de um ônibus oriundo de Foz do Iguaçu/PR, cidade fronteiriça com o Paraguai. 2) Na falta de demonstração da internacionalidade do tráfico de entorpecentes, firma-se a competência da justiça estadual para o processo e julgamento do feito. 3) Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Itumbiara/GO, ora suscitado. (CC 42710 / GO ; CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2004/0048353-5 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 23/06/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 02.08.2004 p. 299). Veja no mesmo sentido: STJ - CC 40382-MG, CC 24447-SP, CC 22526-SP.

³⁴ 1) O “cloreto de etila”, vulgarmente conhecido como “lança-perfume”, continua sendo substância proibida pela Lei de Tóxicos. 2) Ressalva de que a resolução RDC 104, de 06/12/2000 configurou a prática de ato regulamentar manifestamente inválido, tanto que não foi referendado pela própria Diretoria Colegiada, que manteve o cloreto de etila como substância psicotrópica. 3) Sendo o “lança-perfume” de fabricação Argentina – onde não há proibição de uso – e não constando, o “cloreto de etila”, das listas anexas da Convenção firmada entre o Brasil e a Argentina – não se configura a internacionalidade do delito, mas, tão-somente, a violação à ordem jurídica interna brasileira. 4) Caracterizado, em tese, apenas o tráfico interno de entorpecentes, sem qualquer cumulação de crimes, eis que não foi apreendido nenhum outro tipo de mercadoria com o indiciado, sobressai a competência da Justiça Estadual para o processo e julgamento do feito. 5) Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Cascavel – PR, o suscitado. STJ, 3ª Seção, Conflito de Competência 34767/PR, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 23/9/2002, p. 00221. A Egrégia Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, em sua atual composição, modificou o seu antigo entendimento no tocante ao cloreto de etila (lança-perfume), passando a classificá-lo como substância tóxica cujo comércio configura o crime de tráfico de entorpecentes – Não configura tráfico internacional a importação de lança-perfume, produto de comercialização e uso proibido no Brasil, se no país onde foi adquirido não é de venda proibida. – Conflito conhecido. Competência da Justiça Estadual (STJ, 3ª Seção, CC 33766/MG, rel. Min. Vicente Leal, DJ 06/5/2002, p. 00241).

³⁵ 1) O simples fato de ser o denunciado estrangeiro não atrai a competência da Justiça Federal, já que a conduta delituosa descrita (art. 16 da Lei nº 6.368/76) não se amolda a nenhuma das hipóteses elencadas no art. 109 da Constituição Federal, porquanto não traduz a ocorrência de crime em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, de suas autarquias ou empresas públicas. 2) “A condição de estrangeiro, no processo penal, só tem relevância quando se trata de crime de ingresso ou permanência irregular no país (arts. 109, X, CF/88 e 338, CP).” (CC 19.046/SP, 3ª Seção, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 09/12/1997). 3) Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Comum Estadual, ora suscitado (STJ, 3ª Seção, Conflito de Competência 33624/PE, rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/04/2003, DJ 05/05/2003, na 00217).

³⁶ ... Improcede a arguição de incompetência da Justiça Estadual, sob a afirmação de que não é possível o tráfico nacional de entorpecente, uma vez que o Brasil não produz cocaína, porque a condenação foi pela conduta do tipo “transportar” entorpecente. Os autos revelam que houve flagrante esperado, nada indicando que houve flagrante preparado, a não ser a alegação do paciente. Não é necessária a descrição no auto de prisão em flagrante do tamanho e do peso de cada um dos 40 pacotes de cocaína apreendidos, bastando a referência ao total. Não há deficiência na defesa feita pelos advogados constituídos que atuam em todas as fases do processo e na revisão criminal. Não há ilegalidade na aplicação da majorante pelo concurso de agentes, art. 18, III, da Lei de Tóxicos, referida em toda a instrução criminal e admitida pelo paciente. “Habeas corpus” conhecido em parte, mas nesta parte indeferido (STF, 2ª Turma, HC 71.292/SP, rel. Min. Paulo Brossard, DJ 23/9/94, p. 25.330. Ver também: HC 67.908, publicado na RTJ 132/288; HC 69.631, publicado na RTJ 144/872).

o julgamento são da competência da Justiça Federal, se caracterizado tráfico transacional.

Diversamente da antiga lei de Tóxicos (nº 6.368/76) a Lei nº 11.343/2006 não permite mais a delegação de competência da justiça federal para a estadual, no caso de crime praticado em município que não é sede de vara federal.

Ocorre que todo o país é dividido em circunscrições federais, como se fossem comarcas. Isso significa que todos os municípios brasileiros pertencem a uma circunscrição federal, portanto não havia mesmo nenhum sentido a delegação para a justiça estadual.

A partir de 8.10.2006, nenhum crime de tráfico internacional de drogas poderá ser julgado pela justiça estadual.

Todos os processos em andamento na justiça estadual, a partir do dia 8.10.2006, devem ser remetidos à justiça federal, por se tratar de incompetência absoluta. Os atos praticados pela justiça estadual até o dia 7.10.2006 são plenamente válidos.

Havendo conexão entre o crime de tráfico internacional e outro crime de competência estadual, prevalecerá a competência da justiça federal, conforme Súmula 122 do STJ.

A conduta de transportar droga, no caso de tráfico internacional, é crime permanente, e a consumação ocorre quando se inicia o transporte e não apenas no local da apreensão. Nesse caso, a conduta pode afetar territórios abrangidos por mais de uma jurisdição federal, o que torna aplicável a regra do art. 71 do CPP, firmando-se a competência por prevenção.

O tráfico internacional, praticado por quadrilha, pode apresentar situações curiosas, como ocorre na hipótese de formação da quadrilha, em território brasileiro e o tráfico no exterior, envolvendo extraterritorialidade da lei brasileira.³⁷

Outra situação interessante quanto à competência é a do usuário de droga, que traz consigo substância entorpecente, a bordo de avião, em voo no território nacional, porque também atrai a competência da justiça federal, embora pela natureza do crime, a competência

³⁷ Extradicação. Crimes de tráfico e de associação para o tráfico de entorpecentes com atuação na Itália e no Brasil. Concurso material. Competência cumulativa das jurisdições penais brasileira e italiana. Prevalência. Art. 77, III e V, da Lei nº 6.815/80 e art. 36, I e II, "a", I, da Convenção Única de Nova Iorque, de 1961, promulgada pelo Dec. 54.216/64. O crime de tráfico de entorpecentes, art. 12 da Lei de Tóxicos, pode ser apenado em concurso material com o crime de associação para o tráfico de entorpecentes, art. 14 da mesma Lei. Prevalece a jurisdição penal brasileira quanto ao crime de associação para o tráfico de entorpecentes quando existe processo no Brasil ao ser pedida a extradicação, art. 77, V, da Lei nº 6.815. Prevalece a jurisdição penal italiana quanto ao crime de tráfico de entorpecentes quando não existe processo no Brasil, pois, para efeitos extradicionais, o que seriam momentos de um fato único (tráfico internacional) devem ser considerados crimes distintos, em face da Convenção Única de Nova Iorque, de 1961. Extradicação deferida em parte (STF, Tribunal Pleno, Extradicação 506/IT, rel. Min. Paulo Brossard, DJ 26/11/93, p. 25.531).

seria estadual.³⁸

Os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves são de competência federal, independente de sua natureza³⁹. Prepondera a competência da Justiça Federal inclusive sobre a militar. É o caso de crime de tráfico de drogas para o exterior, a bordo de avião da FAB: o STF reconheceu a competência da Justiça Federal para julgar ação penal, versando sobre tráfico internacional de substância entorpecente, com uso de avião da Força Aérea Brasileira e em local sujeito à administração militar, tendo em vista que o art. 109, V, da CF - que fixa a competência da Justiça Federal para os crimes previstos em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente -, não fez qualquer ressalva quanto à competência da Justiça Militar (o crime de tráfico internacional está previsto na Convenção Única de Nova York, de 1961). CC 7.087-PE, rel. Min. Marco Aurélio, 3.5.2000. (CC-7087 - Informativo STF n 187).

Vale a pena comentar decisão da Terceira Seção do STJ, envolvendo um argentino que foi preso em flagrante, após desembarcar no aeroporto do Galeão, no Rio de Janeiro, de um voo procedente de Buenos Aires, porque trazia consigo 395 gramas de maconha, acondicionada dentro de um tênis, no interior de uma bolsa. Foi denunciado e processado perante a 1ª Vara Criminal da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro. Depois de desclassificar o crime como tráfico internacional de drogas, o juízo federal declinou da competência para uma das varas criminais da justiça estadual, localizadas na capital fluminense. Provas colhidas pela Justiça Federal, bem como o interrogatório do acusado e o depoimento de testemunhas, levaram o juiz a concluir que *“o intuito do acusado não era o tráfico internacional”*. Conforme a decisão, a característica e a espontaneidade com que o réu se portou durante sua prisão não induziriam à conclusão de que se tratava de um traficante internacional. Além disso, a rota era improvável, e o valor da quantidade de droga apreendida não compensaria sequer os gastos com a viagem.

Suscitado conflito de competência, a Terceira Seção do STJ decidiu que a posição da 1ª Vara Criminal da Justiça Federal do Estado estava correta em parte. Ao desclassificar o crime de tráfico internacional, de competência da Justiça Federal, para outro cujo julgamento normalmente não lhe compete (porte de entorpecentes), o processo pode ser remetido à Justiça Estadual, *“uma vez que não é o caso de prorrogação de competência, pois inexistente hierarquia entre os juízos*

³⁸ CRIMINAL. HC. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DA DROGA QUE OCORREU NO INTERIOR DE AERONAVE POUSSADA. DELITO PERMANENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ORDEM DENEGADA. Hipótese em que se questiona a competência da Justiça Federal para o julgamento de processo relativo a crime de tráfico internacional de entorpecentes, no qual foi apreendida a droga dentro da aeronave destinada ao seu transporte. O crime de tráfico ilícito de entorpecentes tem caráter permanente, daqueles cujos efeitos se protraem no tempo. Considera-se consumado o tráfico quando evidenciada o estado de flagrância em quaisquer de seus núcleos, ou seja, no momento da importação ou exportação, do depósito ou do transporte, de trazer consigo ou da guarda do entorpecente. Demonstrada a internacionalidade do tráfico, a circunstância de se apreender o entorpecente ainda no interior da aeronave utilizada para o seu transporte determina a competência da Justiça Federal para o julgamento do feito, nos termos do art. 109, inc. IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF e do STJ. A circunstância de se encontrar a aeronave em solo é capaz de desnaturar a competência da Justiça Federal. Precedente. Ordem denegada. (HC 34374 / MS ; HABEAS CORPUS 2004/0037342-9 Relator Ministro GILSON DIPP Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 25/05/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 01.07.2004 p. 245) Veja no mesmo sentido: STF - HC 80730-MS; STJ - HC 14108-MS (RJADCOAS 15/514, LEXSTJ 139/352, RSTJ 143/468), HC 6083-SP.

³⁹ STF: (...) I. Competência da Justiça Federal: crime praticado a bordo de navios ou aeronaves (art. 109, IX, da Constituição): Precedente (HC 80.730, Jobim, DJ 22.3.02). É da jurisprudência do STF que, para o fim de determinação de competência, a incidência do art. 109, IX, da Constituição, independe da espécie do crime cometido "a bordo de navios ou aeronaves", cuja persecução, só por isso, incumbe por força da norma constitucional à Justiça Federal. (HC 85059 / MS - MATO GROSSO DO SUL HABEAS CORPUS Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 22/02/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 29-04-2005 PP-00030 EMENT VOL-02189-02 PP-00371 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 447-467 RTJ VOL-00195-01 PP-00194)

monocráticos federal e estadual ”.

Contudo, no caso do argentino, as condutas descritas no artigo 16, da Lei nº 6.368/76, constituem crime permanente, o qual se considera consumado desde quando configurados seus requisitos, perdurando até que cesse a conduta de quem o praticou, conforme esclareceu o relator. *“A consumação do delito ocorreu, para fins da aplicação da lei brasileira, desde a entrada do avião no espaço aéreo nacional até o momento da prisão do acusado, no aeroporto do Galeão”.*

Nesse contexto, os atos que antecederam o crime se desenvolveram sob diferentes jurisdições. *“Enquanto na aeronave, Justiça Federal, já em solo, Justiça Estadual, razão pela qual ambas seriam competentes para apreciar a ação penal. Aplica-se, portanto, o disposto no artigo 71, do Código de Processo Penal. Consta-se, assim, estar firmada, por prevenção (critério de determinação da competência de um juiz pelo fato de ter despachado em primeiro lugar), a competência da Justiça Federal”,* concluiu o ministro.⁴⁰

Entendemos não ser necessário fazer prova no sentido de que a conduta de tráfico internacional envolve mais de um agente, no crime, e que se situam em países diferentes. Basta que hajam indícios de que a droga procede de país estrangeiro, ou a ele se destina, e que neste país também seja crime a conduta em questão. Presume-se que se alguém exporta droga, haverá outro alguém que a importa e vai recebê-la, o que seria suficiente para a internacionalidade. A droga não precisa ser apreendida em zona de fronteira, mas, nesse hipótese, há que se estabelecer um vínculo entre o agente que está com a droga e a ação de importar ou exportar. Se a droga foi importada e distribuída a intermediários ou pequenos traficantes e com eles apreendida, não há que se falar em transnacionalidade do tráfico e sim tráfico simples.

17.1.1- Extradução e tráfico internacional

É comum haver envolvimento de agentes estrangeiros no tráfico internacional de drogas, e que residem ou se encontram temporariamente no Brasil. Sem pretender alongar a discussão acerca do processo extradicional, pretende-se apenas registrar que, estando presentes os requisitos da Lei nº 6.815/80 e a existência de Tratado Bilateral de Extradução, o crime de tráfico internacional de droga comporta extradição. Exige-se dupla tipicidade na legislação. Não se pode perder de vista que esse crime, normalmente, é perpetrado por agentes de mais de um país. É nesse sentido que se reconhece a internacionalidade do tráfico. Alguém adquire, transporta e exporta, enquanto alguém importa, transporta, guarda, tem em depósito, etc. as substâncias entorpecentes.

A ausência de tratado bilateral não impede a extradição, desde que o Estado requerente prometa reciprocidade de tratamento ao Brasil, mediante expediente formalmente transmitido por via diplomática. Todavia deve-se verificar se o Estado solicitante é capaz de assegurar ao réu seus

⁴⁰ STJ, CC 26633/RJ, Relator: Min. Fernando Gonçalves, DJ 04/02/2002, p. 00278.

direitos e garantias fundamentais, relativos ao processo de estado democrático de direito⁴¹.

O STF, diante da brandura das leis brasileiras, na punição do tráfico de drogas, não tem permitido a extradição se o país solicitante tiver um sistema penal que cominar pena de prisão

⁴¹ EXTRADIÇÃO PASSIVA DE CARÁTER INSTRUTÓRIO - SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - **INEXISTÊNCIA DE TRATADO DE EXTRADIÇÃO ENTRE O BRASIL E A REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA** - PROMESSA DE RECIPROCIDADE - FUNDAMENTO JURÍDICO SUFICIENTE - CONCORDÂNCIA DO EXTRADITANDO - DADO JURIDICAMENTE IRRELEVANTE - NECESSIDADE DE RESPEITO AOS DIREITOS BÁSICOS DO SÚDITO ESTRANGEIRO - OBSERVÂNCIA, NA ESPÉCIE, DOS CRITÉRIOS DA DUPLA TIPICIDADE E DA DUPLA PUNIBILIDADE - ATENDIMENTO, NO CASO, DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS NECESSÁRIOS AO ACOLHIMENTO DO PLEITO EXTRADICIONAL - EXTRADIÇÃO DEFERIDA. **INEXISTÊNCIA DE TRATADO DE EXTRADIÇÃO E OFERECIMENTO DE PROMESSA DE RECIPROCIDADE POR PARTE DO ESTADO REQUERENTE. - A inexistência de tratado de extradição não impede a formulação e o eventual atendimento do pleito extradicional, desde que o Estado requerente prometa reciprocidade de tratamento ao Brasil, mediante expediente (Nota Verbal) formalmente transmitido por via diplomática.** Doutrina. Precedentes. EXTRADIÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS: PARADIGMA ÉTICO-JURÍDICO CUJA OBSERVÂNCIA CONDICIONA O DEFERIMENTO DO PEDIDO EXTRADICIONAL. - A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. **O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (o Brasil, no caso).** - O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do "due process of law" (RTJ 134/56-58 - RTJ 177/485-488), notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. Demonstração, no caso, de que o regime político que informa as instituições do Estado requerente reveste-se de caráter democrático, assegurador das liberdades públicas fundamentais. EXTRADIÇÃO - CONCORDÂNCIA DO EXTRADITANDO - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DISPENSA O CONTROLE DE LEGALIDADE DO PEDIDO EXTRADICIONAL, A SER EFETUADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O desejo de ser extraditado, ainda que manifestado, de modo inequívoco, pelo próprio súdito estrangeiro, não basta, só por si, para dispensar as formalidades inerentes ao processo extradicional, posto que este representa garantia indisponível instituída em favor do extraditando. Precedentes. EXTRADIÇÃO - DUPLA TIPICIDADE E DUPLA PUNIBILIDADE. - O postulado da dupla tipicidade - por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição - impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente. **O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal ("essentialia delicti"), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos.** - Não se concederá a extradição, quando estiver extinta, em decorrência de qualquer causa legal, a punibilidade do extraditando, notadamente, se se verificar a consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Observância, na espécie, do postulado da dupla punibilidade. (Ext 953 / RFA - REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 28/09/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 11-11-2005 PP-00006 EMENT VOL-02213-01 PP-00121).- Acórdãos citados: Ext 315, Ext 340, Ext 751, Ext 824, Ext 872, Ext 897, Ext 909, HC 81963; RTJ-91/8, RTJ-96/42, RTJ-132/139, RTJ-145/428, RTJ-162/452, RTJ-164/420, RTJ-169/557, RTJ-177/566, RTJ-179/378. - Legislação Estrangeira citada: parágrafo 30 a, alínea 1 da Lei dos Entorpecentes alemã; artigos 22, 23, alínea 2, 25, alínea 2, 53 e parágrafo 78, (3), 3 do Código Penal Alemão. - Veja PPE 454.

perpétua ou de morte para o referido crime⁴².

Também é pertinente ressaltar que não está vedada a extradição se o extraditando estiver sendo processado ou até condenado por crime diverso no Brasil⁴³.

No caso de associação criminosa para tráfico internacional de drogas, o STF tem entendido que a realização de condutas com o mesmo objetivo constituem crimes autônomos, em cada país, para efeito de competência concorrente. Assim, quem exporta a droga será punido no país exportador, e quem a importa, no país destinatário. Todavia é preciso observar que não podem os agentes responder reciprocamente pela conduta do outro sob pena de 'bis in idem'. Assim, se um dinamarquês está no Brasil, associado com outros traficantes, e exporta droga do Brasil para a Dinamarca, não poderá ser responsabilizado por exportar do Brasil e importar na Dinamarca, tendo em vista que representa duplo apenamento⁴⁴.

17.2 Abuso de função pública e de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância - art. 40, II

A presente causa de aumento de pena teve sua redação modificada em relação à lei anterior, que era bastante restritiva. Exigia que o abuso de função pública deveria estar relacionado com a repressão à criminalidade, o que agora foi dispensado, bastando que o crime de tráfico tenha sido praticado com abuso de função. Também foi ampliado a hipótese de ter o

⁴² EXTRADIÇÃO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE QUE O *INDICTMENT* NÃO É DOCUMENTO APTO A VIABILIZAR A CONCESSÃO DO PEDIDO, ALÉM DO QUE A PENA MÁXIMA PARA O CRIME É DE PRISÃO PERPÉTUA, O QUE IMPEDIRIA A EXTRADIÇÃO. Pedido extradicional que atende às exigências do Tratado Bilateral de Extradicação Brasil/Estados Unidos, bem como às da Lei nº 6.815/80. O *indictment* é instituto equiparável à pronúncia e o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela suficiência desse ato formal para legitimar pedidos extradicionais (Ext. 542). O Extraditando responde a processo no Brasil, razão pela qual é de se adiar a entrega até o desfecho da ação penal. Em face da possibilidade de cominação da pena de prisão perpétua, é de se observar a atual jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal para exigir do Estado requerente o compromisso de não aplicar esse tipo de reprimenda, menos ainda a pena capital, em caso de condenação do réu (Ext. 855). Extradicação deferida com as mencionadas restrições. (Ext 944/EU - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. CARLOS BRITTO Julgamento: 19/12/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 17-02-2006 PP-00055 EMENT VOL-02221-01 PP-00024). - Acórdãos citados: Ext. 542 (RTJ-140/436), Ext. 855.

⁴³ EXTRADIÇÃO. Passiva. Pendência, no Brasil, de processo criminal contra o extraditando, por fato diverso. Irrelevância. Medida que, deferida, terá sua efetivação sujeita à discricionariedade do Governo da República do Brasil. Extradicação concedida nesses termos. Inteligência do art. 89, cc. arts. 67 e 90, da Lei nº 6.815/80. Precedentes. **Não impede a extradição o fato de o extraditando estar sendo processado ou ter sido condenado, no Brasil, por fato diverso.** Ext 965 / IT – ITÁLIA EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 07/12/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 17-02-2006 PP-00055 EMENT VOL-02221-01 PP-00037).

⁴⁴ 1). Extradicação: tráfico internacional de substância entorpecente: concorrência dos pressupostos positivos e negativos da extradição: deferimento, condicionada a entrega do extraditando ao disposto no art. 89 c/c art. 67 da Lei 6.815/80. 2) Extradicação: **tráfico internacional de entorpecentes: competência internacional concorrente.** À vista da Convenção Única de Nova York, de 1961 (Art. 36, II, a, I), e para efeitos extradicionais, **cada uma das modalidades incriminadas, no tipo misto alternativo de tráfico de entorpecentes, deve considerar-se um delito distinto:** donde, a competência da Dinamarca para julgar o crime de importação para o seu território de droga remetida do Brasil, sem prejuízo da jurisdição brasileira sobre a exportação ou tentativa de exportação da mesma mercadoria. Precedentes. (Ext 962 / DI – DINAMARCA EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 20/10/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 18-11-2005 PP-00003 EMENT VOL-02214-01 PP-00034). Acórdãos citados: Ext 541 (RTJ-145/428), Ext 630 (RTJ-168/380), Ext 695 (RTJ-163/40), Ext 777 (RTJ-174/376), Ext 811 (RTJ-185/393). - Legislação Estrangeira citada: art. 21, art. 93, nº 1, itens 3 e 4 do Código Penal da Dinamarca; art. 191 do Código Penal da Dinamarca, com as alterações promovidas pelo Decreto-lei 779/2002, Decreto-lei 960/2004, art. 1º da Lei 218/2004, art. 1º da Lei 219/2004 e art. 1º da Lei 352/2004; art. 36, II, a, I da Convenção única sobre Entorpecentes ou Convenção de Nova York.

agente função de guarda ou vigilância, estendendo a majorante para o abuso do poder familiar e condição de educador.

Assim, a lei pune com mais rigor a conduta de traficância que está relacionada a duas hipóteses: a) quando o crime foi praticado por servidor público, cuja função normalmente está ligada à repressão à criminalidade. Todavia, qualquer funcionário público, cuja atividade, por ser relacionada com drogas, incide na presente causa de aumento. É o caso de policiais, peritos, funcionários públicos, promotores de justiça, juízes, etc., os quais têm facilidades de ter acesso a drogas pelos mais variados motivos. Hipótese comum é o policial apreender droga em poder de traficante e apropriar-se dela para revendê-la. Esta conduta tem sobradas razões para receber a majoração da pena pela sua repugnância, pois, além da deslealdade para com a Administração, ainda coloca em perigo a saúde pública; b) quando praticado por pessoa que, embora não sendo funcionário público, tem missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância.

Na segunda hipótese, as condutas de tráfico são praticadas no desempenho de missão de educador (geralmente professor, diretor escolar, etc.), poder familiar (traficante que, no meio familiar, direciona sua conduta para as pessoas que deveria proteger), guarda ou vigilância (nesse caso, pode-se identificar pessoas que exercem atividades de vigilante, em escolas ou outros locais, e têm facilitada a prática da ação de traficância).

A hipótese que se vislumbra é relativa a pessoas que são responsáveis por terem droga sob sua guarda ou vigilância, bem como para aquelas que têm o dever de vigiar ou guardar pessoas. Pode-se exemplificar com a hipótese do agente que trabalha em hospital ou farmácia e desvia droga para traficar. É o caso do funcionário da emergência, em hospital ou ponto socorro, responsável pelo armário das substâncias controladas, que as desvia e vende a terceiros. Muito justa a incidência da majorante, em face da maior reprovabilidade deste comportamento.

17.3 Local da traficância – art. 40, inc. III

Se a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

A majorante tem redação semelhante ao inciso IV, do art. 18 da antiga Lei de Tóxicos (6.368/76), porém teve ampliados os locais, conforme acima sublinhado.

Ocorre a incidência da causa de aumento de pena quando o crime de tráfico é praticado em locais onde há aglomeração de pessoas e a difusão da droga apresenta um risco potencial

maior⁴⁵. Os locais são específicos, não permitindo ampliação, porque se trata de norma incriminadora, sendo proibida a analogia.

Assim, se o tráfico ocorrer na praia, onde há grande aglomeração de pessoas, não tem incidência a majorante em tela. É pertinente observar que a redação original da Lei nº 6368 continha erro material, que foi corrigido, ao omitir a vírgula entre “locais de trabalho coletivo e estabelecimentos penais”, dando equivocada impressão, quando, na verdade se tratam de dois locais absolutamente distintos.⁴⁶

Fato que chama especial atenção é a ampliação do rol de locais - *de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos*.

Essa ampliação não significa que o crime de tráfico praticado por militar, no interior de unidade militar, possa ser caracterizado como crime comum. Trata-se de circunstância que aumenta a pena para o crime de tráfico comum. O Código Penal Militar contempla o crime de tráfico, posse e uso de entorpecentes⁴⁷, e a Lei nº 11.343/2006 não revogou o aludido crime

⁴⁵ O crime de tráfico de entorpecentes se exaure na modalidade de “trazer consigo” a substância entorpecente, não podendo se falar em tentativa. O tipo penal previsto no art. 12 da lei nº 6.368/76 é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois apresenta várias formas de violação da mesma proibição, bastando, para a consumação do crime, a prática de uma das ações ali previstas. Para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes imputado à recorrida, basta o dolo genérico de levar consigo a droga, com o “animus” de traficar. A causa de aumento de pena prevista no inc. IV do art. 18, da lei nº 6.368/76, incide sempre que quaisquer dos crimes referidos pela lei antitóxicos seja cometido nos lugares ali relacionados, não importando se o agente do crime é custodiado, ou não, pela instituição carcerária. Afastada a incidência da figura de tentativa, deve ser restabelecida a condenação por tráfico ilícito de entorpecentes. Dirimida a questão acerca da incidência do inc. IV, do art. 18 da lei nº 6.368/76, deve ser determinada a inclusão do respectivo aumento na dosimetria da pena imposta em 1º grau de jurisdição. Recurso que deve ser provido para, reformando-se o acórdão recorrido, restabelecer-se a sentença monocrática quanto à condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, anulando-a tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja elaborada, observando-se a incidência da causa especial de aumento de pena do art. 18, inc. IV, da lei nº 6.368/76. Recurso provido nos termos do voto do relator (STJ, 5ª Turma, RESP 283679/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 06/06/2002, DJ 05/08/2002, p. 00373).

⁴⁶ 1) Entorpecentes: causa de aumento da pena do art. 18, IV, da Lei nº 6.368/76, que incide no caso – delito praticado na portaria de estabelecimento penal –, uma vez corrigida, com a republicação, o equívoco da publicação inicial do dispositivo legal. 2) Pena: individualização: atenuante da confissão espontânea da autoria do crime, cuja caracterização nas circunstâncias do caso seria de discussão ociosa, porque fixada a pena base no mínimo da cominação legal (STF, HC 70.979/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 10/03/95, p. 4.880).

⁴⁷ Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, **em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:**

Pena - reclusão, até cinco anos.

Casos assimilados

1º Na mesma pena incorre, **ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:**

I - o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;

II - o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;

III - quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.

Forma qualificada

2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Receita ilegal

militar. Os crimes relacionados com droga e que forem praticados nas condições da legislação penal militar, continuam sendo crimes militares.

Assim, o militar que traficar droga nas condições do art. 9º, do CPM e do arts. 290 e 291, do aludido diploma legal, pratica crime militar e está sujeito ao processo penal militar. Todavia, fora das hipóteses acima, quem traficar, no interior ou nas imediações de unidades militares ou policiais, terá sua pena majorada nos termos do inciso III, do art. 40, da Lei nº 11.343/2006 e não responderá perante à Justiça Militar.

Antes mesmo da edição da Lei nº 11.343/2006, havendo tráfico internacional de drogas a bordo de aeronave militar ou navio da Marinha, embora se pudesse afirmar que se tratava de crime militar, prepondera a norma constitucional do art. 109, V, da Constituição Federal, que atribui competência à Justiça Federal, para processar e julgar esse crime. O STF reconheceu a competência da Justiça Federal para julgar ação penal versando sobre tráfico internacional de substância entorpecente, com uso de avião da Força Aérea Brasileira e em local sujeito à administração militar, tendo em vista que o art. 109, V, da CF - que fixa a competência da Justiça Federal para os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente -, não fez qualquer ressalva quanto à competência da Justiça Militar (o crime de tráfico internacional está previsto na Convenção Única de Nova York, de 1961). CC 7.087-PE, rel. Min. Marco Aurélio, 3.5.2000. (CC-7087, ver Informativo STF n 187).

Portanto, pode-se concluir que a competência da Justiça Militar é restrita para o crime de tráfico de drogas que envolve militares, em unidades militares ou local sujeito à administração militar.

Exemplificando a hipótese acima: militares de um Regimento constatam que circulava droga no interior da unidade militar, para consumo por militares, e passam a investigar. Foi descoberto que a droga entrava através do caminhão que recolhia o lixo e sempre manobrava rente a um muro antes de sair da unidade. Uma pessoa descia do caminhão, retirava um tijolo solto do meio do muro (já preparado), colocava a droga no buraco e recolocava o tijolo. Depois, os militares apanhavam a droga para consumo. Tem-se aí um crime de tráfico praticado no interior de unidade militares e não um crime militar⁴⁸. Portanto, aplicável o art. 33, 'caput', combinado com o art. 40, inc. III, ambos da Lei nº 11.343/2006. Haverá cisão do processo para os militares que praticaram típico crime militar, em relação aos traficantes civis, que responderão pelo art. 33, 'caput', com a majorante do art. 40, III.

No caso de haver concurso de majorantes, o juiz poderá aplicar mais de uma, aumentando

Art. 291. Prescrever, o médico ou dentista militar, ou aviar, o farmacêutico militar, receita, ou fornecer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar, para uso de militar, ou para entrega a esse; ou para qualquer fim, a qualquer pessoa, em consultório, gabinete, farmácia, laboratório ou lugar, sujeitos à administração militar:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Casos assimilados

Parágrafo único. Na mesma pena incorre:

I - o militar ou funcionário que, tendo sob sua guarda ou cuidado substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em farmácia, laboratório, consultório, gabinete ou depósito militar, dela lança mão para uso próprio ou de outrem, ou para destino que não seja lícito ou regular;

II - quem subtrai substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou dela se apropria, em lugar sujeito à administração militar, sem prejuízo da pena decorrente da subtração ou apropriação indébita;

III - quem induz ou instiga militar em serviço ou em manobras ou exercício a usar substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

⁴⁸ Os militares, que venderam aos colegas, ou adquiriram ou consomem a droga, praticaram crime militar.

a pena além do parâmetro mínimo, conforme entendimento do STJ, porque não se trata de qualificadora, mas de majorante, que possui aumento variável. Esse posicionamento também tem acolhida no STF, sedimentado a partir de reiterados julgamentos de crime de roubo, majorado-se a pena pelo emprego de arma e concurso de agentes.

Observa-se dissídio jurisprudencial acerca da aplicabilidade da causa de aumento em tela ao usuário de droga. O STJ tem decidido que o simples porte de entorpecente no interior de estabelecimento penal permite o aumento da pena, sendo desnecessária a demonstração de que a conduta gerou perigo à saúde pública.⁴⁹ Felizmente, esse absurdo foi corrido pela nova lei, reservando-se a aplicação das majorantes do art. 40, exclusivamente, para os crimes de tráfico do art. 33 ao 37.

17.4 Tráfico praticado com violência ou grave ameaça, art. 40, IV

Trata-se de inovação legislativa, portanto *novatio legis in pejus*. A antiga Lei de Tóxicos (6.368/76) não dispunha de norma nesse sentido. Agora, a Lei nº 11.343/2006 majora a pena quando o crime de tráfico é *praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva*.

Podem surgir problemas de interpretação em face de possível conflito aparente de normas. Imagine-se um traficante preso em flagrante, na posse ilegal de quantidade significativa de droga, e de arma de fogo. Incidem, no caso, os tipos penais do art. 33, 'caput', e art. 14 ou 16, do Estatuto do Desarmamento, em concurso material. Impossível aplicar a majorante em comento, porque o crime de transportar ou trazer consigo não foi praticado com o emprego da arma. O agente simplesmente está portando ilegalmente a arma. Não faz nenhum sentido a incidência da majorante do inciso IV, se o agente já responde pelo Estatuto do Desarmamento e mais o crime de tráfico. Seria verdadeiro 'bis in idem'. Se responder pela majorante não pode ter sua conduta tipificada também no Estatuto do Desarmamento. Ou uma ou outra norma deve incidir.

A hipótese da majorante exige que as condutas de traficância sejam praticadas com violência ou grave ameaça, o que se mostra de difícil aplicação, porque a troca de tiros entre traficantes, ou com policiais, vem a caracterizar outro tipo de crime, como a tentativa de homicídio, a resistência, etc. Se o local da traficância - boca de fumo - é protegido com arsenal de armas, a fim de proporcionar 'segurança' aos traficantes, e havendo prisão em flagrante, o caso é de concurso material entre traficância e Estatuto do Desarmamento ou Código Penal.

Enormes dificuldades desafiam o aplicador da norma em questão sem incorrer-se em 'bis

⁴⁹ O crime de tráfico de entorpecentes se exaure na modalidade de "trazer consigo" a substância entorpecente, não podendo se falar em tentativa. O tipo penal previsto no art. 12, da lei n.6.368/76, é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois apresenta várias formas de violação da mesma proibição, bastando, para a consumação do crime, a prática de uma das ações ali previstas. Para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes, imputado à recorrida, basta o dolo genérico de levar consigo a droga, com o "animus" de traficar. A causa de aumento de pena prevista no inc. IV, do art. 18, da Lei n.6.368/76, incide sempre que quaisquer dos crimes referidos pela lei antitóxica seja cometido nos lugares ali relacionados, não importando se o agente do crime é custodiado, ou não, pela instituição carcerária. Afastada a incidência da figura da tentativa deve ser restabelecida a condenação por tráfico ilícito de entorpecentes. Dirimida a questão acerca da incidência do inc. IV, do art. 18 da Lei nº 6.368/76, deve ser determinada a inclusão do respectivo aumento na dosimetria da pena imposta em 1º grau de jurisdição. Recurso que deve ser provido para, reformando-se o acórdão recorrido, restabelecer-se a sentença monocrática quanto à condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, anulando-a tão-somente quanto à dosimetria da reprimenda, a fim de que outra seja elaborada, observando-se a incidência da causa especial de aumento de pena do art. 18, inc. IV da lei n.6.368/76. Recurso provido nos termos do voto do relator (STJ, 5ª Turma, RESP nº 283679/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 06/06/2002, publicado no DJ em 05/08/2002, p. 00373. No mesmo sentido: STJ, RESP 418.104/RS, DJ 23/9/2002, p. 380).

in idem'. Se o traficante disparar a arma de fogo para impor a lei do silêncio ou mesmo para afugentar gangues rivais, ou para intimidar moradores, para que o tráfico possa correr sem percalços, talvez poder-se-ia cogitar da majorante em questão e, mesmo assim, é questionável, porque já incidem os arts. 15, 14 ou 16, do Estatuto do Desarmamento, em concurso com o crime de tráfico. Não foi uma providência de boa técnica. Esqueceu o legislador a polêmica lei que instituiu o Estatuto do Desarmamento, que prevê severas penas para aquele que se envolve com arma de fogo, por que, então, essa majorante para o tráfico?

17.5 Tráfico interestadual, art. 40, V

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

Trata-se de mais uma inovação legislativa, portanto *novatio legis in pejus*. A antiga Lei de Tóxicos (6.368/76) não dispunha de norma nesse sentido. Agora, a Lei nº 11.343/2006 majora a pena quando o crime de tráfico for praticado entre Estados ou entre esses e o Distrito Federal.

A identificação dessa majorante exige uma investigação bastante aprofundada, e com provas cabais de que a droga traficada envolve mais de um Estado ou o Distrito Federal. Não basta a mera presunção, é necessário verificar se o tráfico consiste na utilização dos denominados 'corredores,' ou rotas utilizadas pelos agentes.

É uma hipótese até bastante comum. A droga provém da Colômbia, por exemplo, entra pelo Estado do Mato Grosso, segue para São Paulo, ou outro Estado, para ser comercializada. Se o agente for preso na hora em que ingressar na fronteira do país, poderá caracterizar a majorante do inciso I, tráfico internacional. Nessa hipótese não se deve aplicar também a majorante do tráfico interestadual.

Sustentamos que a majorante do inciso I absorve a do inciso V. Se há tráfico internacional e interestadual, num único contexto fático, então a hipótese é de prevalência da majorante do inciso I, que atrai a competência da Justiça Federal.

A hipótese mais comum consiste nas investigações da Polícia Federal, que identifica com maior consistência as atividades de agentes entre Estados, mas nem por isso a competência será da Justiça Federal. Pois somente na hipótese de tráfico internacional é que a lei prevê tal competência, bem como a Constituição Federal em seu art. 109, V. Embora seja atribuição da Polícia Federal a investigação do crime, a competência do tráfico interestadual é da Justiça Estadual.

17.6 Tráfico que visa a menor de 18 anos ou incapaz, art. 40, VI

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

Trata-se de majorante que sofreu modificação legislativa. Foi suprimida a hipótese de **associação**, que sempre se entendeu como sendo mero concurso eventual de pessoas na conduta de traficar droga, distinguindo-se do art. 14, que exigia vínculo de permanência entre os agentes (estabilidade, reiteração de condutas). Também foi suprimida a condição de idoso, que era uma situação ridícula,. Na medida em que pessoas com mais de 60 anos podem ter capacidade mental superior à de pessoas jovens. Foi correta a exclusão da condição de idoso e substituída pela *diminuição ou supressão da capacidade de autodeterminação ou discernimento*.

Modificou-se também a condição do destinatário da droga, se for menor de 18 anos, eis

que, pela lei anterior, era de 21 anos. A alteração decorre do novo Código Civil, que considera a pessoa plenamente capaz a partir de 18 anos. Não é uma questão biológica, mas um parâmetro de desenvolvimento mental. Na edição anterior, sustentávamos a incoerência do texto legal do art. 188, III, da Lei nº 6368⁵⁰

Quanto à questão do concurso de agentes, entendemos que a controvérsia vai persistir, eis que o STF e STJ haviam consolidado um entendimento sobre o tema. Ocorre que o legislador, com a nova lei, retirou o simples concurso de agentes das majorantes do tráfico e manteve a incriminação na associação para traficar (art. 35, antigo art.14), **ainda que por mero concurso eventual**. Essa posição legislativa afronta toda a jurisprudência consolidada, nas hipóteses em que mais de uma pessoa está envolvida no tráfico, mas sem existir vínculo associativo com ânimo de permanência.⁵¹ A distinção para o antigo art. 14 (atual art. 35), conforme já foi analisado, se materializa pelo vínculo subjetivo que mantém unidos os agentes.

Entendemos que não se acolher a incidência do crime autônomo de associação criminosa para traficar (art. 35), na hipótese de simples concurso eventual de pessoas, porque parece evidente tratar-se de erro legislativo, na medida em que no parágrafo único do art. 35, o legislador consignou expressamente que o crime de associação para financiar o tráfico deve ser praticado de forma **reiterada**, não bastando o mero concurso eventual.

O STJ⁵² e o STF⁵³ firmaram jurisprudência no sentido de que a distinção entre o art. 14

⁵⁰ A partir de 11 de janeiro de 2003, o novo Código Civil considera plenamente capazes para os atos da vida civil as pessoas maiores de 18 anos, portanto mostra-se desarrazoada a aplicação da majorante quando o usuário da droga contar mais de 18 anos. Ora, a pessoa sendo plenamente capaz para todos os atos da vida civil, não pode mais ser considerada hipossuficiente, portanto, haverá de ser relida a incidência desta majorante, ficando restrita aos menores de 18 e não de 21 anos. Sustentar o contrário é levar em conta apenas um critério biológico, o que é injustificável. Por outro lado, cabe destacar que o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741) acrescentou ao inciso III, do art. 18, mais uma hipótese de majoração de pena. Trata-se da conduta de tráfico que via à pessoa maior de 60 anos. O argumento aqui permanece o mesmo exposto para o maior de 18 e menor de 21 anos, porque não há justificativa científica, a não ser um critério puramente político eleitoreiro, que justifique a majoração de pena. O dano causado à saúde de pessoa com 50, 60 ou 70 anos é absolutamente igual. A medida penal é injusta e até discriminatória, visto que todas as pessoa merecem a mesma proteção, no que diz respeito à saúde pública.

Majorar a pena se o destinatário da droga é criança ou adolescente, todos concordam, porém é absurdo aceitar entre 18 e 21 anos, ou acima de 60 anos.

⁵¹ Para incidir o art. 18, III, da lei antitóxicos, basta haver o concurso eventual de agentes, não se exigindo que da associação participe menores ou incapazes, ou ainda que a droga se destine a eles. A “societas criminis”, prevista no art. 14, da Lei nº 6.368/76, é caracterizada pela habitualidade. No art. 18, ressei a eventualidade de concurso de agentes. Recurso conhecido e provido (STJ, 5ª Turma, RESP nº 303481/AC, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 21/05/2002, publicado no DJ de 24/06/2002, na p. 00324).

⁵² A majorante prevista no art. 18, III, da Lei nº 6.368/76, ocorre quando a associação criminosa é meramente eventual, configurativa de simples concurso de agentes (coautoria ou participação), sem que haja quadrilha previamente organizada, pois nessa última hipótese, a “societas criminis” consubstancia crime autônomo, previsto no art. 14, do mesmo diploma legal. Tendo o Tribunal “a quo” concluído pela configuração do delito de associação, tipificado no artigo 14, da Lei de Tóxicos, adentrar no exame da eventualidade ou definitividade do delito implica revolvimento profundo do conjunto fático-probatório, delineado nas instâncias ordinária, providência inadmissível na via estreita do “habeas corpus”. Ordem denegada (STJ, 6ª Turma, HC nº 25437/RJ, sob a Relatoria do Min. Vicente Leal, julgado em 01/04/2003, publicado no DJ de 22/04/2003, na p. 00275).

(atual art. 35) e a simples associação eventual (leia-se concurso eventual) reside na estabilidade da associação. Assim, ou se aplicava o art. 14 (atual 35), como crime autônomo, ou tinha incidência a majorante do art. 18, III (agora sem previsão), na condenação pelo art. 12 (atual 33). Maiores análises são feitas no art. 35.

Duas são as hipótese de incidência da majorante do inc. VI:

a) quando a conduta de tráfico visa à pessoa menor de 18 anos (criança ou adolescente). Nessa hipótese, a lei pune com maior rigor o agente que direciona sua atividade criminosa a pessoas com menor discernimento e maior curiosidade em relação às drogas. Pessoas jovens são mais suscetíveis a sofrerem influência e serem atraídas para o mundo das drogas.

b) quando a pessoa destinatária da droga possui idade superior a 18 anos, mas apresenta incapacidade de autodeterminação. Ocorre na hipótese de traficar droga para doentes mentais ou pessoas que apresentam dificuldades de discernimento. Entendemos que há necessidade de exame pericial na vítima visada pelo traficante, no sentido de demonstrar sua incapacidade ou deficiência mental.

17.7 – Agente financiador do tráfico, art. 40, VII

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Trata-se de inovação da Lei nº 11.343/2006, portanto *novatio legis in pejus*. Num primeiro momento, parece que houve um equívoco legislativo, na medida em que já existe tipificação autônoma para o agente que financiar ou custear o tráfico de drogas - arts. 33, 'caput', e 34 – não podendo haver majoração da pena nessas hipóteses, sob pena de incorrer em 'bis in idem'.

Pode-se afirmar, com absoluta certeza, que não é possível aplicar a majorante acima ao art. 36. Talvez poder-se-ia questionar sua aplicação ao agente, que é traficante e age em concurso de agentes e tem o dinheiro para o custeio da aquisição de novas drogas. Assim, exemplificativamente, se A e B traficam drogas, sendo que A possui o dinheiro para adquirir quantidade significativa de nova droga e vai custear a aquisição, enquanto B executa as condutas de transporte, guarda, etc. Nesse contexto, A responderia pelo art. 33, 'caput', majorado pelo art. 40, VII. É a única situação plausível. Seria o caso do traficante que fornece drogas a outros traficantes, 'vendendo fiado'.

Assim, se o agente financiar um traficante que compra e vende drogas, mas não tem envolvimento direto com o tráfico, apenas fornece o dinheiro e pretende os lucros do empréstimo, incorrerá nas sanções do art. 36, com pena de 8 a 20 anos de reclusão. Se financiar o informante ou colaborador do traficante, **não se tipificará o crime do art. 36, que só é aplicável**

⁵³ Entorpecentes. Fixação da pena. Abrangência do art. 18, III, da Lei nº 6.368/76. Concurso eventual de agentes. Majoração da pena quando qualquer dos crimes da lei decorre de associação. Exacerbação penal em virtude dos antecedentes do réu. 1. A associação eventual ou "concursum delinquentium", causa majorante da pena nos delitos de entorpecentes, prevista na lei extravagante, equivale ao concurso de pessoas do direito penal codificado. 2. o legislador estremeou no inciso III, do art. 18, da lei nº 6.368/76, duas hipóteses distintas: de um lado, decorrer o delito de associação criminosa e, de outro, visar a menores ou hipossuficientes. 3. Se houve o crime definido no art. 12 da lei de tóxicos, e para praticá-lo associaram-se duas ou mais pessoas – embora assim tenham procedido para o fim único – da prática de um só crime, cabe o acréscimo da qualificadora prevista no item III, do art. 18, da mesma lei. 4. Correta a decisão que justificou a pena-base acima do mínimo legal com base em maus antecedentes sociais e jurídico-penais, culpabilidade, conduta social e a personalidade do agente, e, especialmente, nas circunstâncias e consequências do crime, revestidas de extrema gravidade. "Habeas corpus", conhecido, mas indeferido (STF, 2ª Turma, HC 71.639/MT, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 07/4/95, p. 8.872. Ver também: HC 61.607, publicado na RTJ 110/128; HC 64.416, na RTJ 120/639; HC 66.974, na RTJ 129/709; HC 67.386, RTJ 129/1215 e HC 68.756, RTJ 138/190).

às hipóteses dos arts. 33, 'caput', e 34. Como aplicar então a majorante em questão ao art. 37? Impossível, porque o financiador não responde pelo art. 37. É atípica a conduta de financiar um informante, até porque, quem o sustenta é o próprio traficante e não um terceiro financiador, o que pareceria uma situação completamente idiota. Conclui-se que foi mais um equívoco do legislador no afã tresloucado de punir cegamente. A aplicação da majorante fica restrita aos arts. 33, 'caput', § 1º e 34, não havendo justificativa para os §§ 2º e 3º, do art. 33, nem para o art. 35 e art. 36.

18 ISENÇÃO OU REDUÇÃO DE PENA POR DEPENDÊNCIA

Art. 45. É isento de pena o agente que em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de um terço a dois terços se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 47. Na sentença condenatória, o juiz, com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizada por profissional de saúde com competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda, observado o disposto no art. 26 desta Lei.

1. O simples fato de ser usuário de droga não gera isenção de pena por qualquer crime cometido. O usuário de drogas conserva completo domínio de seus atos e capacidade psíquica. A dependência à droga é um estado psicológico ou físico grave, traduzido por compulsão incontrolável ao uso da droga. Dependente é quem está sob o domínio de entorpecentes, subordinando sua vida ao poder dos tóxicos. O tratamento penal ao toxicômano, que cometeu crime, é semelhante ao doente mental, no art. 26, do CP. A punição é ineficaz se o agente não compreende o sentido da condenação.

Nos casos da Nova Lei de Drogas, o problema reside na falta de capacidade de autodeterminação, quando da prática de um crime, gerando hipótese de inimputabilidade, decorrente de duas situações:

a) Em razão da dependência⁵⁴ o agente comete um crime, mas não possui condições de entender o caráter ilícito de seu proceder, porque a dependência física à droga lhe retira a capacidade de autodeterminação. É uma situação muito rara, porque há necessidade de comprovar-se, por laudo pericial que, no momento do crime, o grau de dependência era de tal magnitude que retira totalmente a capacidade de entender a ilicitude de seu ato.

O toxicômano, na hora do crime, está desprovido de raciocínio, inteligência, vontade e senso moral. Hipótese somente ocorrente com dependentes químicos a drogas pesadas, como heroína, "crack", cocaína⁵⁵ etc., que causam dependência física e não apenas psíquica, como é o

⁵⁴ RODRIGUES, João Gaspar. Op. cit. p. 230. "A dependência é o estado de sujeição da pessoa à droga, em tal intensidade que sua falta provoca síndrome de abstinência, traduzida como agudo sofrimento físico ou psíquico."

⁵⁵ O cocainômano pode passar por várias fases durante o uso da droga, sendo a mais grave identificada como psicose cocaínica, em que o dependente pode praticar crimes graves, inclusive suicidar-se.

caso da maconha. Jamais um dependente de maconha poderá invocar dependência física a essa droga, porque ela só causa dependência psicológica e não provoca alterações de comportamento por sua falta. Talvez a situação do dependente de maconha se adapte à hipótese *b*. De qualquer forma, a solução passa pelo exame pericial, do qual o juiz vai valer-se para decidir. A perícia deverá determinar se, na hora do crime, a situação de dependência à droga foi decisiva para desencadear o crime.

b) Sob o efeito de droga, proveniente de caso fortuito ou força maior, o agente comete o crime porque ingeriu entorpecente de forma acidental, violenta ou fraudulenta. Exemplificando: durante uma festa, o namorado mistura substância entorpecente no refrigerante da namorada, sem que ela tenha conhecimento. Mais adiante, “sob o efeito da substância entorpecente”, a moça vem a cometer um crime. Se, nesse momento, for absolutamente incapaz de entender o caráter ilícito de seu proceder ou de autodeterminar-se, ficará isenta de pena. O laudo deve ser conclusivo no sentido da absoluta incapacidade. O namorado, que forneceu a droga, responderá pelo art. 33 *caput*.

Na outra hipótese, o agente comete um crime sob o efeito de substância entorpecente, proveniente de força maior. Ocorre, por exemplo, quando alguém é obrigado a ingerir substância entorpecente, mediante grave ameaça, ou a substância é inoculada com o uso da força física.

Não confundir a hipótese acima com aquela em que o agente, propositadamente, ingere substância entorpecente para tomar coragem em cometer um crime, ou quando o agente, rotineiramente, usa droga para cometer crimes. Essa situação é bastante comum, atualmente, com os assaltantes de banco, sequestradores ou em outras hipóteses, como no estupro, por exemplo.

Supondo-se que A, B e C resolvam se “chapar” com cocaína. Logo após o uso da droga, A e B perdem a consciência e “apagam”, enquanto C fica observando e resolve manter conjunção carnal com B. Tem-se uma situação de estupro por violência presumida (art. 224, *c*, do CP) e C não pode invocar o art. 45 da Lei nº 11.343/2006, porque “estar sob o efeito de substância entorpecente”, foi um ato voluntário e não decorrente de caso fortuito ou força maior. São hipóteses muito raras e de difícil comprovação. O magistrado, ao absolver o agente, nas condições acima, o encaminhará para tratamento médico adequado. O critério será sugerido pelos peritos, diante da gravidade da situação, que pode consistir em internamento ou tratamento ambulatorial.

2. O art. 46 prevê casos de semi-imputabilidade nas hipóteses a) e b) acima referidas, quando o agente comete um crime e possui parcial capacidade de entendimento e autodeterminação. Nesses casos o juiz condenará o réu, mas poderá diminuir-lhe a pena. A situação é semelhante ao art. 26, parágrafo único, do CP.

Assim, se o agente cometeu um crime e alega ao juiz que estava sob efeito de drogas e não se lembra do que fez, poderá o magistrado, se entender razoável, encaminhar o acusado a exame de dependência toxicológica. Se ficar comprovado que o réu é usuário de drogas (dependente) tal situação afeta a capacidade de autogovernar-se, conforme exame pericial, o juiz poderá reduzir-lhe a pena, mas não absolvê-lo. A redução da pena, qualquer que seja o crime praticado, é de 1/3 a 2/3.

Observação importante é consignada no art. 47, no sentido de que o juiz, ao condenar o réu e diminuir-lhe a pena, conforme indicação no laudo pericial, determinará que se proceda conforme o art. 26 (cumpra a pena, porém tem direito ao tratamento da dependência no próprio sistema prisional). Exemplificando: réu dependente de drogas, para sustentar o vício e conseguir o

dinheiro, resolveu assaltar alguém com uso de arma. Preso em flagrante, confessa o crime e alega dependência à droga. Realizado exame de dependência toxicológica, o perito indica parcial compreensão do proceder ilícito e recomenda redução da pena com tratamento. O juiz condenará o réu, diminuir-lhe-á a pena e determinará que seja encaminhado a tratamento no interior do próprio sistema prisional.

19 EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA

O exame de dependência a drogas é realizado toda a vez que o magistrado entender necessário, diante de um crime praticado pelo réu, e que se verifique plausível a tese de que seja dependente de drogas ou tenha ocorrido caso fortuito ou força maior.

Há divergência jurisprudencial acerca da obrigatoriedade da realização do exame de dependência à droga. A primeira observação, que se faz necessária, é o fato de que cada dia é mais comum réus, acusados pelos mais diversos crimes, alegarem dependência à droga como forma de fugir da responsabilidade penal. Homicídios, latrocínios etc., ocorridos em circunstâncias inexplicáveis, encontram justificativa na dependência toxicológica. Se os juízes não tiverem cuidado com essa alegação, acabarão suspendendo todos os processos para que sejam realizados laudos de dependência.

Determinar a realização do exame de dependência é uma faculdade do juiz, diante do caso concreto. Todavia, se o réu insistir em declarar-se dependente de drogas como forma de tentar justificar o crime, o juiz deve determinar a realização do exame. O STJ tem, reiteradamente, examinado essa situação, chegando à seguinte conclusão: “o juiz pode dispensar a realização do exame de dependência toxicológica em razão de sua discricionariedade”.⁵⁶ Todavia, deve-se ter a cautela de fundamentar a decisão que rejeita o pedido do aludido exame, sob pena de configurar-se cerceamento de defesa, quando o réu se diz dependente.

O juiz não está obrigado a indagar o réu sobre a dependência toxicológica, quando do interrogatório. Tudo depende do contexto fático revelado pelo acusado.⁵⁷ Não faz sentido, por exemplo, indagar ao réu sobre a dependência, quando a acusação consiste em transportar mais de uma tonelada de maconha no caminhão que dirigia, quando foi preso. Assim, cabe ao juiz avaliar o caso concreto. Se o réu alega ser dependente e o juiz percebe que se trata de estratégia para obstaculizar a instrução, deve indeferir a realização do exame, fundamentadamente.

⁵⁶ 1) Não está o Juiz obrigado a determinar a realização de exame de dependência toxicológica, se outros elementos de convicção justificarem a sua prescindibilidade. Precedentes. 2) Recurso ordinário improvido (STJ, Sexta Turma, ROMS 12.173/PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 02/12/2002, p. 370. Ver também: RESP 97.071/MG, RHC 11.904-SP, RESP 28.7818-RJ).

⁵⁷ STJ: 5ª Turma: RESP 347.909/SP, DJ 04/03/2002; HC 17.479/SP, DJ 04/02/2002; HC 14777/SP, DJ 02/04/2001; HC 13.581/RS, DJ 25/09/2000 e HC 11.346/SC, DJ 08/03/2000; 6ª Turma: ROMS 12.173/PR, DJ 02/12/2002; HC 18.473/SP, DJ 06/05/2002; STF: 1ª Turma: HC 70.268/MG, DJ 17/06/1994; 2ª Turma: HC 73.075/SP, DJ 03/05/1996.

Algumas drogas deixam transparecer no dependente sinais evidentes de consumo.⁵⁸

Se o laudo reconhecer a inimputabilidade do réu em razão da dependência, o juiz o absolverá e o submeterá a tratamento médico (internação ou ambulatório), dependendo do crime que lhe foi imputado. Havendo recuperação, constatada por perícia oficial, o juiz determinará a cessação da medida. Para o réu que está em tratamento ambulatorial, se frustrar a medida ou se envolver em novo crime, o juiz poderá converter a medida em internação. Essas disposições constavam expressamente na lei anterior. Agora, a nova lei nada dispõe a respeito da aplicabilidade das medidas relacionadas ao tratamento, decorrentes de absolvição ou redução de pena.

Quem cometeu crime, sob influência de substância entorpecente decorrente de caso fortuito ou força maior, será absolvido e não ficará submetido a qualquer medida, visto que não é dependente. Quem for, relativamente, incapaz em razão da dependência não será absolvido, mas pode ter a pena reduzida (art. 46) e tem direito a tratamento (art. 47).

20 LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (8072/90) X LEI DE DROGAS (11.343/2006)

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico

⁵⁸ MACONHA, também conhecida como “erva”, é uma planta que, consumida em quantidade, afeta as condições psíquicas e físicas dos indivíduos. O que determina o efeito psicoativo (alterações da mente) da planta é o tetra-hidro-cannabinol (THC), mas o resultado fundamental depende do comportamento do indivíduo, perante a droga. Ou seja, sua condição física e mental e a reação que a droga por si mesma pode provocar. A maconha provoca perda de memória e alteração na concepção de tempo; diminui a atenção, reduz o tempo de reação, a capacidade de aprender, afeta a percepção e a coordenação dos movimentos. A dependência provocada pela maconha é apenas psicológica. CRACK – nos Estados Unidos é conhecido como a cocaína dos pobres, por ser obtido a partir do rejeito da pasta de cocaína e custar 30% menos que o pó. O Crack brasileiro é diferente, pois, é feito misturando-se a pasta de cocaína a bicarbonato de sódio, portanto o crack é a própria cocaína. Aquecida, a mistura vira uma pedra altamente volátil. O crack é fumado, geralmente os viciados usam uma espécie de cachimbo feito com a embalagem de yakult e corpo de caneta esferográfica. Atua diretamente no cérebro, produzindo efeitos alucinógenos imediatos por cerca de dez minutos, em seguida vem uma depressão profunda, o que leva o usuário a buscar nova dose. Quando a cocaína chega ao cérebro, provoca uma forte constrição dos vasos sanguíneos. É luz, relâmpagos, são estalos ... seus olhos vidram e o viciado se desliga. Coisa de segundos. No cérebro, as células protegem-se capturando de volta o excesso de dopamina, mas a cocaína desligou essa válvula. Cada tragada é um novo estímulo, mas, luzes, relâmpagos, só na primeira. São dez segundos de êxtase. Absorvida a dose, falta a dopamina nos circuitos e, onde houve luz e movimento, há silêncio e escuridão. É a noia. Noia vem de paranoia. Nela, sucedem-se alguns minutos de alucinações (calçadas cravejadas de pedras, policiais entrando pela janela do 10º andar, baratas andando, debaixo da pele, etc.), é a depressão provocada pela falta da dopamina nos circuitos químicos do cérebro. Ou a pessoa espera algumas horas e o sistema se reequilibra, ou queima outra pedra, estimula nova descarga e ascende de novo outra alucinação. Minutos depois, ele se apaga. Nova noia. Nova pedra. Nova noia. Isso dura dias, até que, por mais pedras que restem, o cérebro já não tem mais dopamina. Nem para mantê-lo desperto. O crack produz dependência física e a abstinência pode levar o viciado à morte. HEROÍNA é o mais potente dos derivados do ópio e, entre as drogas utilizadas, hoje em dia, a que causa maior dependência física e psíquica, maior tolerância – caracterizada pela necessidade de se aumentar a dose para conseguir o mesmo efeito – e pior síndrome da abstinência. Causa uma euforia tão intensa que o viciado se afasta da realidade e constrói um mundo à parte. Quando sua ingestão é suspensa, a pele do viciado fica com uma aparência arrepiada, tem suores, náuseas e uma sensação de morte iminente. ÁCIDO LISÉRGICO (L.S.D.), descoberto em 1943 por um químico alemão, traz efeito alucinativo, modifica a percepção visual, as imagens adquirem vida, sons adquirem formas e cores, o sentido do tempo é completamente alterado, entre outros. Porém, o tipo de alucinação depende do tipo da personalidade do indivíduo. Nenhuma outra droga leva o usuário tão perto da loucura; ele pode saltar de um edifício, crente que vai voar. Os danos cerebrais são irreversíveis, uma vez drogado, o indivíduo nunca mais volta à realidade.

A Nova Lei de Drogas estabeleceu regras próprias em relação à Lei dos Crimes hediondos. Ocorre que o tráfico de drogas é considerado crime assemelhado a hediondo e estava sujeito aos rigores da Lei nº 8072. A partir da Nova Lei de Drogas, o panorama modifica-se completamente:

Embora o legislador tenha estabelecido vários parâmetros e limitações ao atuar do Juiz, demonstrando falta de confiança no Poder Judiciário, quanto à aplicação da nova lei, os magistrados continuarão a ser intérpretes da lei dentro de um sistema, notadamente, os princípios e garantias fundamentais. As regras que limitam a atuação judicial, estabelecendo proibições para a substituição de penas, concessão de liberdade provisória, etc., são inócuas, porque o juiz interpreta a lei, a partir de um sistema penal e processual penal constitucional.

Os crimes de tráfico de drogas, entendidos como aqueles tipificados no art. 33, 'caput', e seu parágrafo 1º e art. 34 (respectivamente, antigo art. 12 e 13 da Lei nº 6368/76), bem como nos arts. 34, 35, 36 e 37, estão sujeitos às seguintes regras:

1. São inafiançáveis;
2. Insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia;
3. Não admitem conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos;
4. O livramento condicional só será cabível após cumpridos 2/3 da pena;
5. Reincidente específico em crime de tráfico não tem direito ao livramento condicional.

Comparando-se a Lei nº 11.343/2006 com a Lei nº 8072, pode-se observar que aquela ampliou as restrições em relação a esta, notadamente ao proibir o **sursis**, que pode ser entendido tanto o da pena, quanto o do processo. Todavia, os crimes mencionados no art. 44 estão todos fora dos parâmetros para a suspensão condicional do processo. Somente os crimes do art. 33, §§ 2º e 3º, são passíveis de sursis processual (art. 89 da Lei nº 9099). Já o **sursis** da pena pode apresentar-se como possível, no caso do tráfico minorado (art. 33, § 4º), todavia, o legislador proibiu tal benesse.

Entendemos que o juiz pode, no caso concreto, justificar a redução máxima da pena em dois terços e conceder o **sursis** da pena, embora haja proibição legal. A proibição fere o princípio constitucional da individualização da pena.

Com relação à liberdade provisória, a proibição mostra-se incoerente e completamente fora do contexto da moderna política criminal acolhida pelo tanto no STF quanto no STJ, que estão a exigir do magistrado fundamentação concreta da segregação cautelar, no caso de

homologar auto de prisão em flagrante, por crime hediondo ou tráfico de drogas.⁵⁹

Com a edição da Lei nº 11.464/2007, modifica-se novamente o panorama, vez que o legislador nte manteve expressamente a proibição da fiança e suprimiu do texto original a liberdade provisória. Assim, plenamente cabível a concessão da liberdade provisória, sem fiança, no caso de prisão em flagrante. Porém, decisões recentes do STJ e do STF estão recrudescendo a matéria, por se tratar de lei especial e que o legislador deu tratamento mais rigoroso.

A Lei nº 11.343/2006 não contém qualquer referência quanto ao regime de cumprimento da pena. Assim, valem as regras da Lei nº 8.072/90, com as novas alterações produzidas pela Lei nº 11.464/2007.

A despeito das inúmeras restrições que a lei impõe ao juiz, quer na fixação da pena, quer no regime de pena, caberá sempre, conforme o caso concreto, solução diversa da proposta em lei, se o magistrado concluir que os princípios de justiça e equidade estão a exigir outra solução.

⁵⁹ A - PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. 1) Na linha de precedentes desta Corte, o indeferimento do pedido de liberdade, feito em favor de quem foi detido em flagrante, deve ser, em regra, concretamente fundamentado, não sendo suficiente a qualificação do crime como hediondo ou equiparado (Precedentes). 2) A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio dessa medida, priva-se o acusado de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só pode ser decretada se for justificada expressamente sua real indispensabilidade, para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal, sob pena de se tornar indevida antecipação da punição estatal. 3) Em razão disso, a decisão que indefere pedido de liberdade provisória deve ser necessariamente fundamentada de forma efetiva, não bastando meras referências quanto à gravidade em abstrato do crime. É dever do magistrado demonstrar, com dados concretos, extraídos dos autos, a real necessidade da custódia do recorrente, dada sua natureza cautelar nessa fase do processo (Precedentes do STF e do STJ). Recurso ordinário provido. (RHC 19665 / SP ; RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 2006/0121926-6 Relator Ministro FELIX FISCHER Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 15/08/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 25.09.2006 p. 281) B - HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO. FALTA DE MOTIVAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. PEDIDO DE EXTENSÃO INDEFERIDO. 1) **Em qualquer caso de prisão cautelar - aí incluída a prisão em flagrante pela prática de crime hediondo -, há de se demonstrar a necessidade absoluta da segregação, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal,** que não resulta evidenciada com a tão-só invocação da natureza do delito. 2) Ordem concedida, indeferido o pedido de extensão. HC 51056 / GO ; HABEAS CORPUS 2005/0205943-0 Relator Ministro PAULO GALLOTTI Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 17/08/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 25.09.2006 p. 313)

A LEI 11.340/06: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - UM DESAFIO À JUSTIÇA NO SÉCULO XXI

Pedro Rui da Fontoura Porto¹

1 INTRODUÇÃO.

A Lei 11.340/06 pretende coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, atendendo ao preceito constitucional do § 8º do art. 226 da Constituição Federal e a convenções internacionais para prevenir, punir e erradicar violência de tal jaez, ratificadas pelo Brasil, que lhe impunham a internalização de regras tendentes à repressão dessa específica modalidade de delitiva, dentro da atual tendência de especialização dos direitos fundamentais, em coletividades bem determinadas e mais vulneráveis na concorrência social.

O legislador da Lei Maria da Penha, invocando dados estatísticos que apontam a mulher como a principal vítima da violência intralares, assumiu essa discriminação negativa, contra o gênero feminino, como uma realidade a ser combatida, admitindo que, ao longo da história, o Direito pouco fez para transformar tal realidade cultural, de modo que também a impunidade se erigia como um dos fatores criminógenos da violência doméstica e/ou familiar contra a mulher. A histórica discriminação da mulher, a genética masculina mais voltada à violência e a maior fragilidade física da mulher justificam-lhe um tratamento legal mais favorecido, o que afasta a pecha de inconstitucionalidade geral da lei, conforme já vêm decidindo os tribunais, de forma predominante.

Parte, pois, o legislador da evidente constatação de que, em nossa sociedade, a mulher ainda é, reiteradamente, oprimida, especialmente pelo homem, e que tal opressão é particularmente mais grave porque ocorre principalmente no ambiente doméstico e familiar, sendo, por isso mesmo, a gênese de outras violências. E enquanto persistir tal quadro fático, o Brasil não será uma sociedade nem livre, nem igualitária e nem fraterna e, conseqüentemente, não se caracterizará como um Estado Democrático de Direito, objetivo maior da Carta Constitucional.

Destarte, a Lei 11.340/06 objetiva, ao menos, minimizar a violência doméstica e familiar contra a mulher, inaugurando uma tradição jurídica antagônica a essa modalidade de violência que, na acepção do art. 7º, da referida lei, abrange formas outras que a tradicional *vis corporalis*. Ademais, o legislador pretende sejam utilizados diversos instrumentos legais para dar combate à violência contra a mulher, sendo direito penal apenas um deles. Depreende-se disso que a Lei 11.340/06 não se constitui apenas em lei penal, mas uma lei com repercussão nas esferas administrativa, civil, penal e, inclusive, trabalhista.

Ademais, a Lei Maria da Penha atentou também para a defesa dos direitos coletivos e difusos, provenientes de seus diversos dispositivos legais, legitimando, para tanto, em seu art. 37 e parágrafo único, o Ministério Público ou associação cujas finalidades guardem pertinência com

¹ Advogado formado pela UFSM em 1987. Promotor de Justiça no RS desde 1990. Especialista em Teoria Geral do Processo pela Universidade de Caxias do Sul. Mestre em Direito Público pela Unisinos. Ex-Professor do Curso de Direito da UNISC (2002). Professor Palestrante da Escola Superior do Ministério Público. Professor Concursado do Curso de Direito da Univates. Membro do Conselho Editorial da Revista do Ministério Público do RS. Autor dos livros: *Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do Sistema de Justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.

o tema da violência doméstica. Nesse ponto, permitiu, inclusive, a dispensa da pré-constituição ânua, quando se verificar a inexistência de outras associações ou entidades para representar os interesses transindividuais albergados na nova lei, elencados especialmente em seus artigos 3º e 35.

Por outra, ao especializar tipos penais preexistentes, com a característica complementar da violência doméstica ou familiar contra a mulher, o legislador, quase exclusivamente, atingiu delitos de menor e médio potencial ofensivo, cujos autores ficaram privados das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95. Em relação a crimes de maior potencial ofensivo e hediondos, as alterações operadas limitam-se à incidência de uma agravante genérica (art. 43) e à possibilidade, agora prevista em lei, de medidas protetivas, a serem determinadas pelo Juiz Criminal ou dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (arts. 22 a 24), mediante pedido da ofendida, instrumentalizado pela polícia judiciária ou por requerimento do Ministério Público.

2 SÍNTESE DAS ALTERAÇÕES DE DIREITO MATERIAL PRODUZIDAS PELA LEI 11.343/06

Antes de tudo, é preciso esclarecer que a Lei 11.340/06 não cria nenhum tipo penal novo. No plano do direito penal material, as modificações produzidas pela referida Lei são as seguintes:

- a) modifica a pena do crime do art. 129, § 9º, do CP, reduzindo o limite mínimo de seis para três meses e aumentando seu limite máximo de um para três anos; retirando, destarte, essa modalidade típica do conceito de crime de menor potencial ofensivo, posto que o parâmetro máximo ultrapassa a dois anos;
- b) acrescentou o **§ 11º, ao art. 129 do CP**, com a seguinte redação: “na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra peessoa portadora de deficiência”.
- c) altera a agravante do art 61, II, f, do CP acrescentando a dicção em negrito: “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou **com violência contra a mulher na forma da lei específica**”;
- d) altera do art. 152 da LEP, agregando-lhe um parágrafo único:
Art. 152. [Refere-se à Limitação de Finais de Semana]:
Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Além disso, a determinação do que seja violência doméstica e familiar contra a mulher depende da combinação das formas de violência previstas e definidas no art. 7º, da lei em referência, com algum dos âmbitos ou relações previstos no art. 5º, da mesma normativa:

Formas de violência doméstica e familiar contra a mulher.	Âmbito/vínculo/relações exigidas para caracterização completa da violência doméstica ou familiar contra a mulher.
<p>Violência Física: é a ofensa à vida, saúde e integridade física. Trata-se da violência propriamente dita, a <i>vis corporalis</i>.</p>	<p>Âmbito doméstico: nesse caso, privilegia-se o espaço em que se dá alguma forma de violência referida na coluna anterior, bastando que tal se consuma na unidade doméstica de convívio permanente entre pessoas, ainda que esporadicamente agregadas e sem vínculo afetivo ou familiar entre si.</p>

Violência Psicológica: é a ameaça, o constrangimento, a humilhação pessoal. Cuida-se de um conceito impróprio de violência, pois tradicionalmente o que aqui se denomina violência psicológica é a grave ameaça, a <i>vis compulsiva</i> .	Âmbito familiar: aqui já não prevalece a caráter espacial do lar ou da coabitação, mas sim o vínculo familiar decorrente do parentesco natural, por afinidade ou por vontade expressa (civil).
Violência Sexual: constrangimento com o propósito de limitar a auto-determinação sexual da vítima, tanto pode ocorrer mediante violência física como através da grave ameaça (violência psicológica).	Relação íntima de afeto: nesta modalidade dispensa-se tanto a coabitação sob o mesmo teto, quanto o parentesco familiar, sendo suficiente relação íntima de afeto e convivência, <u>presente ou pretérita</u> . A adjetivação “íntima” já pressupõe que se trata de uma relação de caráter sensual, ao menos, inspirada em interesses sexuais, e não simples amizade.
Violência Patrimonial: retenção, subtração, destruição de instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos.	
Violência Moral: em linhas gerais, são os crimes contra a honra da mulher.	

Na verdade, para que haja imputação penal com os influxos da Lei Maria da Penha será necessária a conjugação de três fatores:

- a) ocorrência de fato típico, antijurídico e culpável, previsto no Código Penal ou em normas penais especiais, tendo como sujeito passivo uma mulher;
- b) tal fato típico encontre adequação típica complementar em alguma das normas penais explicativas dos conceitos de violência física, psíquica, sexual, patrimonial ou moral definidas no art. 7º da Lei 11.340/06; e
- c) os dois itens anteriores tenham ocorrido nos âmbitos doméstico, familiar ou em virtude de relação afetiva, presente ou pretérita, conforme art. 5º da mencionada lei.

Tratando-se, pois, de crime ou contravenção praticada em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei 11.340/06 comporta importantes modificações de ordem processual, especialmente por prever grande número de medidas protetivas, de evidente caráter cautelar, a serem decididas pelos denominados Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, cuja criação e instalação foram recomendadas no art. 14 da LMP.

2.1 A natureza da ação penal nos crimes do art. 129, § 9º, do CP

Tema que se afigura ainda tormentoso é o concernente à exigibilidade ou não de representação nos crimes de lesões corporais, praticadas em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher (art. 129, § 9º, do CP).

A interpretação mais literal do art. 41 da LMP parece excluir o pressuposto da representação nos casos do art. 129, § 9º, do CP, ao determinar que, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, não se aplica a Lei 9.099/95. Uma vez que a exigência dessa condição de procedibilidade foi imposta pelo art. 88 da Lei 9.099/95, concluem alguns que, as lesões leves, praticadas em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, passaram a desafiar a ação penal pública incondicionada.

A base sociológica dessa interpretação é respeitável. Argumenta-se que a mulher é, muitas vezes, pressionada por razões econômicas, familiares ou emocionais a desistir da representação e se tal faculdade se lhe fosse extirpada, ocorreria uma significativa redução da impunidade dos

casos de lesões corporais contra a mulher, pois o processo seria deflagrando independentemente de sua vontade.

Todavia, há que se genuflectir aos argumentos em sentido oposto. É certo que, se a mulher desiste da representação, o faz por algum motivo mais ou menos nobre, mas nem sempre será por coação irrazoável ou criminosa que, em ocorrendo, repta as consequências penais daí exsurgentes. Se ela o faz por razões econômicas, melhor que impedi-la dessa opção, seria o estabelecimento de políticas públicas de educação e profissionalização para afastar ou minorar a dependência econômica do parceiro. Se o faz para manter a unidade familiar, trata-se de um direito ínsito à sua condição humana, dotada de livre arbítrio. Compete apenas oportunizar-lhe orientação sobre seus direitos, em caso de separação ou dissolução da união estável. Se o faz por razões emocionais, trata-se de motivos personalíssimos, em cuja recôndita privacidade, não é lícita tão severa intervenção estatal, como a intervenção penal, cujo caráter subsidiário recomenda cautela e respeito aos direitos personalíssimos e aos interesses mais íntimos do ser humano.

Mas a interpretação acerca do tema não deita lastro tão-somente em razões de caráter filosófico ou sociológico, tais as supra alinhadas. O texto da Lei 11.340/06 também traz, em seu bojo, dispositivos legais referentes à representação, tais como o art. 12, I, o qual, ao referir-se aos *procedimentos* a serem adotados pela autoridade policial, determina “ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada”. Por outra, o art. 16, da referida lei, estabelece que “nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público” (grifo nosso).

Assim, uma vez que, em se tratando de crimes contra a liberdade sexual ou contra a honra, a regra geral continua sendo a ação penal privada (excepcionada nas hipóteses legais e jurisprudenciais), não parece razoável que o legislador tenha plasmado em lei dois dispositivos tão relevantes, apenas para o crime de ameaça, cuja representação, indiscutivelmente, remanesce exigível, pois prevista no próprio art. 147, parágrafo único, do CP.

Aliás, no ponto, é relevante destacar que crimes contra a liberdade sexual – v.g. estupro e atentados violentos ao pudor – na maioria das vezes, são bem mais traumatizantes que lesões leves e ninguém discute que seu processamento, salvo as exceções legais e jurisprudenciais, continua dependendo da propositura da ação penal privada ou de representação, nos casos em que esta é exigível.

A tese de que a ação penal nos crimes do art. 129, § 9º, do CP é de ação penal pública incondicionada vem predominando no Colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujas primeira e segunda Câmaras Criminais, aquela, por maioria, e essa, por unanimidade, perfilham-se a tal orientação.

No julgamento do RSE n. 70023415441/2ª Câmara Criminal do TJRS, a relatora, em seu voto, faz referências a decisões em igual sentido do TJSC e TJGO, bem como ao entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

(...) Quanto à hipótese de violência doméstica, temos defendido ser caso de ação pública incondicionada, afinal, a referência do art. 88 desta Lei menciona apenas a lesão leve, que se encontra prevista no caput do art. 129 do Código Penal, bem como a lesão culposa, prevista no art. 129, §6º. Não se incluem outras formas de lesões qualificadas (§§ 1º, 2º, 3º e, atualmente, 9º). (Leis penais e processuais. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.706)

Por outra, no Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a Sexta Turma, no julgamento do HC 96.992/DFT, por maioria, já decidiu pela inexigibilidade de representação nos casos do art. 129, § 9º, do CP, contra a mulher. Na ocasião, acompanharam o voto da Relatora, Min. Jane Silva, os Ministros Paulo Gallotti e Hamilton Carvalhido, que denegavam a ordem, restando vencidos a Min. Maria Thereza de Assis Moura e Nilson Naves.²

Ainda assim, sem pretender deter-se por demais no tormentoso ponto, tal como o fizemos em nosso livro sobre o tema, estamos em que a melhor orientação é a de que deva permanecer incólume a condição de procedibilidade da representação, nos casos do art. 129, § 9º, do CP, mesmo quando praticado contra mulher, na conformidade dos argumentos a seguir alinhados.

Por primeiro, com o devido respeito, não se nos assoma inquebrantável o argumento invocado pelo conspícuo Guilherme de Souza Nucci e mencionado no voto do douto Min. Paulo Gallotti, de que o delito do art. 129, § 9º, do CP não se insere no conceito de lesões leves, expressamente referido no art. 88 da Lei 9.099/95, razão pela qual escapa à sua incidência, mesmo sem se recorrer ao art. 41 da LMP. A nosso ver, leves são as lesões que não se enquadram nas formas expressas dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 129 do CP, todas tradicionalmente relacionadas às *consequências* da ofensa somática.

Além disso, a acolher-se tal argumento, por simetria, seria forçoso convir que também as ações penais por lesões culposas no trânsito já não estariam condicionadas à representação, porquanto, do mesmo modo, o Código Brasileiro de Trânsito é posterior à Lei 9.099/95, a pena lá aplicada é superior à forma genérica de lesões culposas do Código Penal e, a sociedade ansiava e anseia por maior repressão aos crimes de trânsito, tanto quanto no tangente à violência

² No mesmo sentido é ainda mais recente a decisão do STJ, entretanto, enquanto as Cortes mais elevadas parecem orientar-se pela Ação Penal Pública Incondicionada, nos juízos de primeira instância, ao menos no Rio Grande do Sul, predomina o entendimento em prol da exigibilidade de representação:

REsp 1000222 / DF/RECURSO ESPECIAL/2007/0254130-0 **Relator(a)**: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (8145) T6 - SEXTA TURMA; 23/09/2008 DJe 24/11/2008 PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**. LESÃO CORPORAL SIMPLES OU CULPOSA PRATICADA CONTRA MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO. PROTEÇÃO DA FAMÍLIA. PROIBIÇÃO DE APLICAÇÃO DA LEI 9.099/1995. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. RECURSO PROVIDO PARA CASSAR O ACÓRDÃO E RESTABELECE A SENTENÇA.

1) A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a **violência** no âmbito de suas relações (Inteligência do artigo 226, da Constituição da República).

2) As famílias que se erigem em meio à **violência** não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros. Os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato.

3) Somente o procedimento da Lei 9.099/1995 exige **representação** da vítima, no crime de lesão corporal leve e culposa, para a propositura da ação penal.

4) Não se aplica aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, a Lei 9.099/1995 (Artigo 41 da Lei 11.340/2006).

5) A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do artigo 129, § 9º do Código Penal e se disciplina segundo as diretrizes desse Estatuto Legal, sendo a ação penal pública incondicionada.

6) A nova redação do parágrafo 9º do artigo 129, do Código Penal, feita pelo artigo 44 da Lei 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos a lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando por mais um motivo, a exigência de **representação** da vítima

7) RECURSO PROVIDO PARA CASSAR O ACÓRDÃO E RESTABELECE A DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Og Fernandes acompanhando a Relatora, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Vencidos o Sr. Ministro Nilson Naves e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura que dele não conheciam.

Os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

doméstica. Ninguém jamais sustentou, entretanto, que as lesões culposas no trânsito, cuja pena mínima é até superior àquela cominada no art. 129, § 9º, do CP, estivessem sujeitas à *persecutio criminis*, mediante ação penal pública incondicionada.

Daí porque se assume aqui que a ação penal, na hipótese do delito do art. 129, § 9º, do CP, depende de representação, mesmo quando contra mulher. Entretanto, embora se assumam aqui postura favorável à exigibilidade de representação nos casos do art. 129, § 9º, do CP contra mulher. Tem-se que algumas importantes ressalvas convêm virem registradas.

Destarte, na audiência de que trata o art. 16 da LMP, o Juiz deve indagar a mulher, em separado, sobre sua decisão, especialmente acerca da ocorrência de coação. Nessa ocasião, na medida do possível, deve ser-lhe oportunizada assistência jurídica, cumprindo ainda ao agente do Ministério Público, prestar-lhe orientação, pois se o Juiz é imparcial, o Promotor de Justiça, como regra, deve postar-se ao lado da vítima, no processo penal. Em caso de não haver interesse no empreendimento vitimário, ao Juiz cabe salvaguardar à ofendida o direito ao exercício da representação durante todo o prazo decadencial. É certo, ademais, que, uma vez estruturados os juízos com as recomendadas equipes interdisciplinares, previstas na LMP, a mulher e até mesmo o agressor, deverão ser encaminhados à equipe para competente avaliação, prévia à desistência da representação e, concluindo-se estar ela sob coerção, é lícito ao juiz não acatar a renúncia, já que um ato levado a efeito sob coação é sempre nulo. Ademais, se o Juiz estivesse jungido a sempre acatar a desistência da representação, sentido algum teria a exigência de audiência e parecer prévio do Ministério Público, antevistos no art. 16 da Lei 11.340/06. Em tal caso, havendo a devida fundamentação, a ação se transmutaria em pública incondicionada, ante a evidente hipossuficiência da vítima para defesa de direitos individuais indisponíveis, a demandar proteção especial do Estado. Ao acusado, então, assiste-lhe direito ao *habeas corpus* para tentar o trancamento da ação penal, ou aguardar o deslinde do feito.

Por fim, embora haja uma tendência em adotar-se por praxe a realização da audiência do art. 16 da LMP, em todos os casos aportados ao juízo, a verdade é que ela não emerge obrigatória no texto legal, pois, havendo representação no inquérito policial, somente seria necessária a audiência ali referida se a vítima manifestasse interesse em desistir da representação antes do recebimento da denúncia. Por isso, sustenta-se aqui que, intimada a vítima e não comparecendo, não sendo razoável conduzi-la à audiência, deve seu *não comparecimento* ser interpretado como decisão de manutenção da representação, visto ser mais provável que a causa da ausência esteja relacionada à coerção do agressor e, ademais, porque a desistência só pode operar-se em presença do juiz.

Passa-se, agora, à análise dos aspectos procedimentais propriamente ditos da Lei 11.340/06.

3 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA LEI 11.343/06

Sem dúvida, a Lei Maria da Penha perfilha-se a uma tendência de incremento do rigor punitivo, especialmente de crimes antes classificados como de menor potencial ofensivo, a exemplo das lesões corporais leves e ameaças que, estatisticamente, dominam os maiores percentuais dos delitos de violência doméstica. Tais ilícitos, nos moldes até então preconizados pela Lei 9.099/95, eram beneficiados por institutos despenalizadores, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo. O art. 41 da Lei Maria da Penha excluiu, entretanto, a aplicação da Lei 9.099/95 do âmbito dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. Por outra, o art. 14 da Lei 11.340/06 atribui a competência, para processamento, julgamento e execução de decisões referentes a tais delitos, aos Juizados

Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, afastando a dos Juizados Especiais Criminais.

No livro *Violência doméstica e familiar contra a mulher – análise crítica e sistêmica* (PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007. p. 117), chegou-se a afirmar que as contravenções praticadas em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher continuariam a ser de competência dos Juizados Especiais Criminais. Atualmente, capitula-se frente à orientação diversa, pois, embora o art. 41 da LMP refira-se apenas a crimes e não a contravenções, tendo em conta que outros dispositivos, especialmente relacionados à fixação da competência, mencionam, generalizadamente, a expressão *causas* (arts. 14 e 33 da mencionada lei), a jurisprudência vem entendendo que a competência do JECrim está afastada, mesmo nas hipóteses de contravenções subsumíveis nos conceitos de violência doméstica e familiar contra a mulher (arts. 5º e 7º da LMP). Contudo, é bom salientar que, em se tratando de contravenções, em que pese competentes os Juizados Especiais de Violência Doméstica contra a Mulher ou, provisoriamente, as Varas Criminais, é possível, no âmbito dessas unidades judiciárias, se beneficiem os acusados das medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95, posto que o art. 41 da LMP excepcionou da aplicação da Lei 9.099/95, apenas os crimes e, ainda, que tenha sido outro descuido do legislador, o fato é que, em sede de direito penal, não se pode fazer interpretação extensiva ou analógica, em desfavor do réu.

Resumindo, em se tratando das contravenções praticadas em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher – como vias de fato (art. 21 do Dec.-lei 3.688/41), perturbação do trabalho ou sossego alheios (art. 42 do Dec.-lei 3.688/41), importunação ofensiva ao pudor (art. 61 do Dec.-lei 3.688/41), perturbação da tranquilidade (art. 65 do Dec.-lei 3.688/41) – não há como negar estejam mantidos os benefícios exurgentes da Lei 9.099/95, tais como a transação penal, suspensão condicional do processo e, do mesmo modo, a possibilidade de não ser preso em flagrante. Todavia, vem se orientando a jurisprudência no sentido de que a competência jurisdicional, para julgamento das contravenções, deve direcionar-se ao mesmo juízo competente para as demais causas de violência doméstica e familiar contra a mulher, e não mais aos juizados especiais criminais.

Detecta-se, destarte, uma imensurável preocupação jurisprudencial e doutrinária em dar concreção à obstinada vontade legal de centralizar a competência de todas as causas relativas à violência doméstica e familiar contra a mulher em juizados especiais pertinentes a essa matéria. A tal ponto dimensiona-se a orientação que, até mesmo em processos de júri, vem se sustentando que a competência para a instrução do processo, até a pronúncia, deveria ser do JVDJM e, apenas após esta, passaria o feito para a Vara do Júri, visto que a competência desse é de matiz constitucional.

Dentre os aspectos procedimentais da LMP, interessante diferenciar aqueles que incidem diretamente sobre a atividade policial, daqueles outros que necessitam judicialização. Quanto a esses, emergem agora, como grande inovação, uma ampla gama de medidas protetivas da mulher, da prole e de seus interesses patrimoniais, algumas delas já frequentes na Justiça Civil, as quais, no âmbito da Lei 11.340/06, passam a ser competência concorrente do Juiz Criminal, como meio de ampliação do acesso à justiça, à mulher-vítima de violência doméstica.

4 AS NOVAS ATRIBUIÇÕES DAS POLÍCIAS EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

As atribuições das polícias encontram-se listadas no Capítulo III da Lei 11.340/06. O art. 10 determina o consabido, ou seja, que a ação da polícia deve situar-se nos limites legais, porém, pode ser encetada de ofício sempre que ocorrer caso de iminência, ou prática real de

violência doméstica contra a mulher. O parágrafo único, entretanto, traz alerta que não pode passar despercebido. Ao consignar que “aplica-se o disposto no *caput* deste artigo, ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida”, o legislador evidenciou que a desobediência às medidas de proteção inclui-se no conceito de violência contra a mulher, ainda que se trate de delito capitulado como *crime contra a justiça*. Ocorre que, de uma maneira muito direta e não apenas mediata, tal modalidade típica atinge a mulher também e pode ser inserida nas hipóteses especializantes do art. 7º, da lei, pois, quase sempre, importa em constrangimento, humilhação, vigilância constante, perseguição contumaz, danos patrimoniais, etc. Ademais, normalmente, é fácil encontrar conexão entre os delitos diretamente caracterizados como de violência doméstica – lesões, ameaça – e a desobediência à ordem judicial do art. 359 do CP, de sorte que deverá prevalecer a competência mais especializada.

O art. 11 da LMP refere-se a *providências* a serem adotadas pela polícia, enquanto o art. 12 menciona *procedimentos*. As primeiras são imediatas e materiais, enquanto os segundos têm caráter formal. Na sua grande maioria, tanto as providências quanto os procedimentos são atribuições da polícia judiciária. Todavia, em alguns casos, a polícia militar poderá ser convocada a efetuar as providências mais urgentes. De qualquer sorte, a exclusão dos casos de violência doméstica contra a mulher do âmbito do Juizado Especial Criminal também modificou o procedimento investigatório aplicável em tais hipóteses, sendo então só admissível o inquérito policial, procedimento de atribuição da polícia civil e não mais o sumário termo circunstanciado, próprio das infrações de menor potencial ofensivo e já concluído em alguns Estados da Federação (inclusive o RS), pela Polícia Militar.

Todavia, a polícia militar é que, normalmente, atende ocorrências em situações de flagrância. Nesse caso, salvo hipóteses de contravenções penais, por força do art. 41 da Lei 11.340/06, todos os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher são passíveis de prisão em flagrante e aqui já reside uma alteração importante que pode competir à polícia militar: decidir se se trata de caso de violência doméstica e, nesse caso, se há situação que autorize a prisão em flagrante do agressor, denominado flagrante material.

As demais providências, especificamente listadas no art. 11 da Lei 11.340/06, também podem tocar a ambas as polícias, solidariamente, em atitude de franca e generosa cooperação. Assim, sabe-se que “garantir proteção policial à mulher”, vítima de violência doméstica, é providência pouco provável, até mesmo em países desenvolvidos. No entanto, é possível sim dar um atendimento prioritário a tais casos, inserindo, quem sabe por algum tempo, o paradeiro da mulher na rota de patrulha do policiamento militar. Outrossim, conduzir a mulher a atendimento curativo é providência que cumpre seja realizada de imediato, pela polícia que atender a ocorrência.

As medidas dos incisos III e IV do art. 11, da Lei Maria da Penha, independem de prévia autorização judicial e dizem respeito à escolta da mulher em situação de risco e seu abrigo em local seguro. O inciso IV enfatiza a providência policial de transporte da mulher em viatura policial, para a retirada de seus pertences e de seus dependentes do lar comum, especialmente quando, conforme o inciso III, estiver ela sendo conduzida a um abrigo ou outro local seguro, que pode ser, por exemplo, a casa de familiares. Frise-se que, quando no inciso IV, a lei pressupõe o “risco de vida” disse menos do que deveria, pois risco menor, relativo à integridade física, também merece a mesma proteção policial.

Por último, no inciso V do art. 11, a LMP prevê ser providência policial “informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis”. Obviamente, trata-se de dispositivo legal, que enfatiza o exercício da cidadania e a facilitação do acesso à justiça. Nesse caso, avultam em importância as delegacias especializadas da mulher (DEAMs), postos de atendimento da mulher, ou delegacias especializadas em hipossuficientes (mulheres, idosos,

crianças e adolescentes, portadores de necessidades especiais), a serem integradas por policiais vocacionados a tais atendimentos, com permanente treinamento.

No art. 12 da Lei 11.340/06 estão listados os *procedimentos* atribuídos à polícia. Em seu conjunto, eles referem-se, sinteticamente: **a) à elaboração do inquérito policial e; b) ao pedido da ofendida**. Com efeito, a ouvida da vítima e coleta da representação, bem como a oitiva do agressor e testemunhas, pregressando aquele e relatando seus antecedentes policiais e, por fim, a realização dos exames periciais necessários, constituem providências elementares de qualquer inquérito policial, e transcendem àquelas relativas aos sumários termos circunstanciados.

3.2 O pedido da ofendida

A grande novidade do art. 12 da Lei 11.340/06 consiste no chamado *pedido da ofendida*, o qual, nos termos do inciso III, do dispositivo citado, deverá ser remetido à autoridade judicial, no prazo de 48h do registro de ocorrência policial e manifestação de interesse da ofendida quanto às medidas protetivas, que lhe são disponibilizadas pela lei.

O pedido da ofendida é petição da própria vítima, apenas tomada a termo pela polícia judiciária, devendo consignar: a) qualificação da ofendida e do agressor, b) nome e idade dos dependentes, c) descrição sucinta do fato, suprível pela cópia da comunicação de ocorrência, desde que bem detalhada, e, c) relação das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

A anexação do registro de ocorrência policial é indispensável, para demonstrar que o pedido advém de fato criminalmente típico, de conhecimento da autoridade policial, sendo conveniente ainda a anexação de outros documentos, como registros civis de casamento e nascimento dos filhos, comprovações da renda do agressor (para os pedidos de alimentos provisórios), bem como laudos ou prontuários médicos que atestem as lesões sofridas pela vítima (ainda que, posteriormente, devam ser ratificados por laudos periciais, elaborados nos moldes do art. 159 e §§ do CPP). A certificação dos antecedentes criminais do agressor, especialmente aqueles contra a própria vítima, permitirá ao juiz elaborar uma visão mais nítida do risco enfrentado por esta.

É importante frisar que a possibilidade de a vítima requerer providências urgentes em juízo, através da polícia judiciária, não significa impedi-la de optar livremente por fazê-lo através de advogado particular ou da defensoria pública. É perfeitamente possível que a ofendida procure a polícia apenas para registrar a ocorrência criminosa, mas faça os requerimentos de medidas protetivas, através de um advogado ou defensor público, e que dirija esses pedidos à Vara de Família, ou mesmo à Vara Cível, reservando ao juízo criminal o julgamento apenas dos crimes correspondentes. Apenas nas Comarcas onde instalado o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM) a competência *ratione materiae* deste será absoluta, tanto para processos cíveis quanto criminais, desde que a causa de pedir seja a violência doméstica ou familiar contra a mulher postulante, mesmo assim, ressalvada à vítima, a possibilidade de eleição do foro para processos cíveis, consoante dicção expressa do art. 15 da Lei 11.340/06.

Tem-se, contudo, que o deferimento das medidas protetivas de urgência, não prescinde, como regra, de alguns requisitos a seguir enumerados:

- a) presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, requisitos fundamentais de toda medida cautelar;
- b) ajuizamento da ação principal cível no prazo de trinta dias do deferimento da cautelar, pois, nos termos do art. 13 da LMP, é possível a aplicação subsidiária do CPC ao procedimento dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Com efeito, o art. 806 desse diploma legal estabelece que. “cabe à

parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

Como quaisquer medidas cautelares, as medidas protetivas dos arts. 22 a 24 da LMP podem ser deferidas *inaudita altera pars*, após audiência de justificação ou mesmo incidentalmente, no curso do processo principal. Os requisitos da plausibilidade do direito e do risco da demora já são doutrinariamente bem conhecidos. Releva mais sua demonstração em juízo, através da prova de agressões anteriores, laudos periciais demonstrativos da violência, posse ou propriedade de armas, consumo de drogas ou de álcool, dilapidação ou desvio patrimonial, etc.

Já no tocante ao prazo de trinta dias para o ajuizamento da ação principal, tem-se que, ao menos significativa parte das medidas de proteção não podem ser deferidas indefinidamente sob pena de causarem grave prejuízo ao suposto agressor. Assim, a determinação para afastamento de casa, se esta for patrimônio comum do casal, pode significar uma concessão definitiva de direito de moradia, se não se impuser prazo para que a mulher ingresse com a competente ação de separação ou de partilha dos bens, adquiridos em união estável. Ademais, na maioria dos casos, a ação penal não supre a necessidade de propositura de ação civil própria, pois o objetivo da denúncia não será partilhar bens, definir guarda dos filhos ou pensão alimentícia.

3.3 Crimes de ação penal condicionada à representação, providências policiais e pedido da ofendida

Nos termos do art. 14 da Lei 11.340/06, poderão ser criados Juizados Especiais de Violência Doméstica contra a mulher, “com competência cível e criminal”, “para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher”.

O art. 33, da referida lei, estabelece regra transitória, determinando que, enquanto não instalados os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM), as Varas Criminais acumularão competência cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher. O legislador, ao contrário do expresso no art. 14, esqueceu-se de mencionar, no art. 33, a competência provisória para execução das decisões no âmbito das varas criminais.

Nesse ponto, o legislador efetuou indevida intromissão na esfera gerencial do Poder Judiciário ao importar para o âmbito de Varas Criminais o processamento de causas cíveis, cuja *causa petendi* seja a violência doméstica, pois, a proceder-se dessa forma, a celeuma estaria instalada. Com iniludível razão, os tribunais vêm contornando o disparate legal, reservando às varas criminais a avaliação das medidas de proteção e o julgamento das causas criminais, enquanto varas de família ou cíveis continuam competentes para os processos cíveis e mesmo para os feitos executivos, ainda que de decisões ou acordos tomados em cautelares de medidas de proteção, que tramitaram na seara criminal.

Frente a esse preâmbulo cumpre enfrentar a indagação: a representação, nos crimes em que exigível – lesões leves, ameaça, crimes contra a liberdade sexual – é condição necessária para autorizar a polícia à tomada das providências imediatas do art. 11 da LMP e para deferimento das medidas protetivas dos arts. 22 a 24 do CP, via pedido da ofendida, ou é ela dispensável?

Pensamos seja necessário fazer uma distinção entre as providências imediatas do art. 11, e o deferimento do pedido direto das medidas protetivas dos arts. 22 a 24 do CP, devendo

analisar-se com parcimônia, mesmo o caso concreto, a fim de se evitar que a generalização de uma regra possa desencadear situações injustas e danosas.

No tangente às providências do art. 11 da LMP, sem dúvida, independem de representação, pois que se destinam a uma proteção urgente e visam, exatamente, propiciar um ambiente de mais segurança e tranquilidade, para que a vítima possa, no momento mais oportuno, decidir-se pela autorização à procedibilidade, pelo aguardo do prazo decadencial ou pelo abortamento do inquérito, com a negativa da representação. Não se pode, sem afrontar à necessária ética policial, condicionar as medidas ali predispostas à prévia representação, com cuja aquiescência dispõe a vítima do prazo muito mais dilatado do que seis meses.

Todavia, no tocante, às medidas de proteção, elencadas nos arts. 22 a 24 da Lei 11.340/06, é preciso considerar que, à exceção da medida prevista no art. 22, I, todas as demais são medidas tradicionalmente analisadas e deferidas na esfera cível que, por força do art. 33 da LMP, estão agora sob jurisdição criminal provisória.

Assim, nas comarcas em que ainda não instalado o JVDFM, é lícito à vítima postular a maioria das disposições assecuratórias previstas nos arts. 22 a 24, diretamente à Vara de Família ou Cível competente, e fazê-lo como ação cautelar de processo cível a ser proposto no trintídio legal. Tal se afirma, porque não há qualquer sentido em requererem-se medidas de proteção, através da polícia, sem que ocorra a necessária representação. Se a representação é necessária para autorizar o mais, que é a instauração do inquérito e do processo, deve ser indispensável para deflagrar o menos, que são as medidas cautelares. Ademais, salvo excepcionalmente, colimando facilitar o acesso à justiça, a polícia não deve ser usada para substituir atribuições do advogado ou da defensoria pública, até porque o art. 27 da LMP recomenda que “em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher, em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado”, ressalvando apenas as hipóteses do art. 19, que tratam especificamente do “pedido da ofendida”.

Cumprir frisar quão estranho seria a situação do deferimento de medidas protetivas de nítido caráter cautelar, no âmbito de uma vara criminal, sem que, posteriormente, houvesse um processo criminal principal a dar supedâneo às medidas cautelares. Diferentemente, já pode ocorrer nos Juizados Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que têm competência plena cível e criminal, para processos cuja *causa petendi* sejam as modalidades de violência do art. 7º, da LMP. Em tais unidades jurisdicionais, altamente especializadas, as medidas protetivas, mesmo encaminhadas via Delegacia de Polícia, podem preparar o terreno para ações tanto cíveis quanto criminais. O mesmo se aplica a Comarcas de Vara Única, onde, sob o forte argumento constitucional de facilitar o acesso à justiça, poder-se-ia deferir medidas protetivas, postuladas pela ofendida, com os préstimos da Polícia, mesmo sem representação, desde que houvesse representação posterior, ou ajuizamento de ação cível principal, nos trinta dias subseqüentes à efetivação da cautelar.

Saliente-se, por oportuno, que, normalmente, tendo seu próprio advogado, com uma dedicação mais exclusiva, a mulher estará melhor defendida em seus interesses do que através dos pedidos elaborados pela polícia, a qual, notoriamente, ainda padece de inúmeras dificuldades estruturais e deficiências de pessoal, para atendimento qualificado de tão larga

demanda, em meio ao seu universo de crescentes atribuições³.³ Todavia, é forçoso convir que, em extensas áreas do território nacional, há falta de defensores públicos e a polícia, ou mesmo o Ministério Público, serão as únicas alternativas de acesso à justiça para a vítima de violência doméstica. Em tais distantes sítios do continental território brasileiro, haverá que se ter uma maior tolerância em relação aos pedidos advindos diretamente da ofendida a fim de, repita-se, facilitar o tão colimado acesso à justiça, garantia constitucional de elevada relevância, elencada no catálogo dos direitos fundamentais (art. 5º, LXXIV, da CF/88).

3.4 A prisão em flagrante e a prisão preventiva nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher

Dispensável discorrer aqui acerca dos requisitos do flagrante, e quase-flagrante, dispostos nos arts. 302 e 303 do CPP. As regras ali dispostas aplicavam-se a qualquer infração penal até a superveniência do parágrafo único do art. 69 da Lei 9.099/95, na qual consta, expressamente, que, *ao autor do fato [criminoso ou contravençional] que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado [especial criminal] ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Ou seja, tal dispositivo, praticamente imunizou de prisão em flagrante o autor de infração de menor potencial ofensivo, pois que, como é cediço, esse sempre se compromete a comparecer ao Juizado Especial Criminal, com o que evita sua prisão em flagrante.*

Todavia, por força do art. 41 da Lei 11.340/06, o qual determina que *aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95*”, conclui-se que, salvo no caso das contravenções, que continuam sujeitas aos benefícios materiais da Lei 9.099/95 (mas não à competência dos JECRIMS), é possível a prisão em flagrante do autor de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Sabe-se, todavia, que, hodiernamente, a prisão em flagrante somente subsiste nos casos em que decretada a custódia preventiva, fundamentada nos pressupostos do art. 312 do CPP. Destarte, a Lei em comento entroniza no sistema jurídico-penal outra saliente modificação, qual seja, a possibilidade de decretação de prisão preventiva em delitos punidos com pena de detenção, sem as ressalvas, de difícil transposição, assentadas no art. 313, II, do CPP, que só admitiam a prisão preventiva em crimes punidos com detenção, *quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la.*

A Lei 11.340/06 introduziu, no art. 313, o inciso IV, segundo o qual é cabível a decretação da prisão preventiva, *se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica [Lei 11.340/06], para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.* A regra, todavia, impõe uma conclusão: a prisão preventiva deve ser providência subsidiária das demais medidas protetivas, posto que, sendo aquela que mais restringe o *jus libertatis* do réu e, portanto, que mais confronta a presunção de sua inocência, deve o Juiz dela lançar mão, somente quando o elenco das demais medidas assecuratórias fizer-se inócuo frente à ousadia do agressor. Assim que, se afastado de casa, imposto distanciamento

³ Nesse sentido, admitindo a postulação cautelar das medidas protetivas da Lei 11.340/06 no Juízo Cível já decidiu o colendo TJSP: **Agravo de Instrumento 990081553325 Relator(a):** Newton Neves **Comarca:** Campos do Jordão **Órgão julgador:** 16ª Câmara de Direito Criminal **Data do julgamento:** 02/12/2008 **Data de registro:** 16/12/2008 **Ementa:** *COMPETÊNCIA - Ação cautelar inominada preparatória de ação de dissolução de sociedade conjugal, com pedido de fixação de alimentos provisórios e medida protetiva da Lei n. 11.340/06 - Demanda proposta na Vara Cível - Discussão eminente e preponderantemente cível - Medida protetiva satisfativa inserida em debate de cunho familiar -Adequação do juízo Cível, onde não houver instalada Vara Especializada de Família e Sucessões, sob as regras do CPC - Dúvida de competência negativa suscitada - (voto n. 6143)*.

da vítima, proibido o contato, o porte de armas, etc., mesmo assim o indiciado persistir em desacatar as determinações judiciais, a prisão preventiva surge como *ultima ratio* para conter o ímpeto violento do agressor. Com efeito, não houvesse a alternativa mais drástica da custódia cautelar, as medidas mais brandas restariam sem qualquer força suasória.

É verdade que a disposição subsidiária da custódia cautelar, em relação às medidas menos restritivas da liberdade, somente se justifica em crimes de menor apenamento, notadamente, os punidos com pena de detenção. Destarte, quando se tratar de crimes de maior gravidade, como homicídios, tentados ou consumados, crimes sexuais violentos e outros do mesmo jaez, a custódia cautelar pode ser decretada de imediato pelo juiz, desde que presentes os demais requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP, pois que, caso contrário, a mulher, vitimada pela violência doméstica e familiar, restaria com menor proteção do que outras vítimas que não contam com proteção especial da lei.

Sem dúvida, argumentos relevantes vêm sendo levantados na doutrina e jurisprudência contrários à possibilidade de prisão preventiva em delitos punidos com penas curtas, tais aqueles outrora classificados como de menor potencial ofensivo, considerando-os “incompatíveis com a decretação da prisão preventiva”, porque “a pena a ser aplicada, no futuro, seria insuficiente para ‘cobrir’ o tempo de prisão cautelar”, ou seja, quando se operasse a detração, ela daria um “crédito” punitivo ao agressor. Com efeito, por exemplo, o delito do art. 129, § 9º, do CP tem pena de 03 meses a 03 anos. Vigorante o princípio da pena mínima, se o acusado recrutar em seu favor todas ou a maioria das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, sua pena ficará próxima do mínimo. Nesse caso, será necessário que seu processo ande muito rápido para que, em sendo condenado, não lhe sobre pena em excesso, em face da detração penal (art. 42 do CP).

Ocorre que, *maxima venia*, a prisão preventiva não é um instituto penalizador, mas cautelar, não podendo ser obstada sob o argumento de que extrapolaria os parâmetros punitivos do preceito penal secundário da norma incriminadora. Quando se trata de garantir a ordem pública, uma de suas finalidades precípua, é assegurar ou proteger o bem jurídico, tutelado pela norma penal, que o agressor põe em evidenciado perigo com seu agir temerário, incontido, inconsequente. Ademais, na medida em que há evidente tendência jurisprudencial pela admissão da exigibilidade de representação nos crimes do art. 129, § 9º, do CP, mesmo quando cometidos contra mulher, a prisão preventiva, nos casos mais graves, é um meio valioso de assegurar a livre deliberação da vítima acerca da condição de procedibilidade.

Sem sombra de dúvidas, uma vez decretada a custódia cautelar, cabe ao juízo, com a concorrência da polícia e do Ministério Público, dar andamento célere ao feito, a fim de que o tempo de prisão preventiva não extrapole aquele que derivará de eventual condenação, a qual, ainda poderá ser cumprida em regime aberto, ou de suspensão condicional da pena. Destarte, se a delonga na marcha processual já impõe ao acusado um período de prisão significativamente superior àquele que se pressagia, resultante de eventual condenação, recomenda-se sua soltura, para evitar uma prisão provisória, excedente e injustificável, que se transmutaria em um evidente ato arbitrário, idôneo a justificar demanda reparatória contra o Estado, no futuro, máxime considerando o estado deletério e perigoso da grande maioria de nossas prisões.

Ademais, como em qualquer caso, também nos de violência doméstica, a prisão preventiva não deve ser a regra, mas a exceção. É relevante, todavia, ao menos no início da aplicação da lei, dar-lhe uma interpretação mais severa, como meio de induzir um efeito sociocultural capaz de dissuadir os impulsos então habituais de violência contra a mulher. Bem aplicada, a Lei Maria da Penha, até em curto prazo, reduzirá os níveis atuais de violência intralçar ou intrafamiliar contra a mulher.

3.5 Os casos do art. 129, § 9º e a substituição do art. 44, ambos do Código Penal: a ressurreição do *sursis*

Sendo certo que, no tocante aos crimes praticados com violência doméstica, ou familiar contra a mulher, não subsistem medidas despenalizadoras pré-processuais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, cumpre ainda refletir-se sobre possibilidade de substituição da pena privativa da liberdade por penas restritivas de direito, em caso de violência doméstica de que trata o art. 129, § 9º, do CP.

Como é curial, um dos requisitos para essa substituição é a de que o delito não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 44, I, do CP), de sorte que, em condenações por lesões leves, vinha-se admitindo a referida substituição, sob o argumento de que, por constituírem delito de menor potencial ofensivo, em que cabíveis medidas despenalizadoras pré-processuais, previstas na Lei 9.099/95, com muito mais razão, dever-se-ia admitir a substituição do art. 44 do CP.

Hodiernamente, entretanto, o crime do art. 129, § 9º, do CP, não é mais de menor potencial ofensivo, pois sua pena extrapolou o limite máximo de dois anos, inadmitindo, portanto, as medidas despenalizadoras da transação penal ou da suspensão condicional do processo (nesse caso somente quando for praticado contra mulher), não mais servindo a argumentação antes mencionada, para justificar a substituição do art. 43 do CP.

A nosso ver, a única solução, para evitar o encarceramento, será a suspensão condicional da pena com base no art. 77, do CP, que manteve, em nossa legislação o tradicional *sursis*, a ser aplicado quando “não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código [Penal]”. É o caso do crime do art. 129, § 9º, do CP, porquanto, independentemente do sujeito passivo ser homem ou mulher, tal delito já não admite a substituição do art. 44 do CP, vez que, cometido com iniludível violência, não milita mais em seu socorro a alegação de tratar-se de infração de menor potencial ofensivo. Nesse caso, resta, como benefício secundário, para sustar a pena privativa da liberdade, apenas a suspensão condicional da pena, não sendo o condenado reincidente em crime doloso, e concorrendo em seu favor as circunstâncias judiciais previstas no art. 77, II, do CP.

É possível que o mesmo instituto – *sursis* – seja ainda o indicado para outros delitos – ameaça, constrangimento ilegal, desobediência a ordem judicial, invasão violenta de domicílio, dano com emprego de violência, etc. – quando praticados em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher, visto que, agregada tal circunstância especializante, tais delitos refogem ao conceito de crimes de menor potencial ofensivo, já que, também, inadmitem a aplicação da Lei 9.099/95, conforme preceitua o art. 41, da Lei 11.340/06.

Todavia, é fácil prever que haverá invocação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, porquanto, uma vez que o *sursis* do art. 77, do CP, praticamente equaliza a sanção em um ano de prestação de serviços à comunidade, seria iníquo que uma simples ameaça fosse apenada do mesmo modo que uma lesão corporal. Em tais casos, parece-nos que se imporá a aplicação da substituição do art. 44, do CP, ainda que revogada a regra do art. 46 do CP, pela norma do art. 17 da Lei 11.340/06.

No tocante à aplicação da suspensão condicional da pena em crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, interessante ainda observar que, conforme art. 78, § 1º, do CP, *no primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48)*. A limitação de fim de semana é uma pena restritiva de direitos que, conforme art. 48 do CP, *consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado e, ainda, consoante reza seu parágrafo único, durante a permanência poderão ser*

ministradas ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas. A comum inexistência de albergues penitenciários e ainda mais de recursos para que ministrados cursos e palestras em seu interior desmotiva o Poder Judiciário de aplicar essa modalidade sancionatória.

Ocorre que a Lei 11.340/06, em seu art. 45, acrescenta um parágrafo único ao art. 152 da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), o qual precisamente trata dos cursos e palestras impositivos no seio da limitação de fim de semana, constando que, *nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.* O parágrafo único, agregado ao art. 152 da LEP, embora situe-se em seção que trata da limitação de fim de semana não está jungido plenamente às demais imposições dessa pena alternativa, de sorte que não é necessário que os *programas de recuperação e reeducação* ocorram nos sábados ou domingos, e no interior dos albergues.

Nos casos de violência doméstica contra a mulher (e não se vê porque tal regra não possa ser aplicada em qualquer caso de violência doméstica), quando o julgador verificar que a causa das agressões reside, por exemplo, no alcoolismo, drogadição, distúrbios emocionais do agressor, em vez de submetê-lo à prestação de serviços à comunidade no primeiro ano do *sursis*, pode impor-lhe a obrigação de comparecer a programas de recuperação ou reeducação, públicos ou privados, existentes na comunidade. Ademais, nos casos em que o Juizado já disponha de algum serviço de assistência social ou acompanhamento psicológico ou, preferencialmente, da equipe multidisciplinar, de que tratam os arts. 29 a 32, da Lei 11.340/06, será muito conveniente que a própria equipe possa montar programas específicos, ou cadastrar os diversos programas existentes na comunidade, encaminhando o condenado e avaliando sua participação e evolução, durante a suspensão condicional da pena.

4 CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha se constitui em diploma legal controvertido, que causou inquietação no meio jurídico, especialmente por incrementar o rigor penal, tendência notoriamente distanciada dos postulados do minimalismo penal. Mas, mesmo que por caminhos repressivos, toda lei que incentive a igualdade material, que reprima a discriminação e a violência e contribua para a formação de uma sociedade mais justa e solidária, deve ser recebida com encômios pelos operadores do sistema jurisdicional, pois converge para sua função precípua de mourejar por um mundo melhor, mais ético e justo.

Não há como se negar que sua aplicação serena e prudente pode produzir efeitos sociais relevantes, modificando uma realidade social muito evidente na América Latina, de discriminação e violência contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar.

Todavia, nem só ao direito penal se devem impor todas as expectativas; também políticas públicas e sociais, que incentivem a independência econômica; programas de aptidão cultural e profissional, de melhoria da autoestima da mulher, etc., serão indispensáveis para robustecer a figura feminina, na quadratura social.

Esta é uma aposta que só o tempo revelará, mas o tempo já revelou tantas mudanças no seu incessante curso...

O ESTATUTO DO IDOSO E A QUESTÃO PENAL – PRINCIPAIS ASPECTOS

Caroline Fockink Ritt¹

Se o mundo deve conter um espaço público, não pode ser construído apenas para uma geração e planejado somente para os que estão vivos: deve transcender a duração da vida de homens mortais (ARENDDT, H. A condição humana).

1 O ESTATUTO DO IDOSO NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Importante analisar as principais disposições penais-processuais contidas no Estatuto do Idoso, a fim de verificar se são coerentes com os objetivos propostos em tal Lei e se são suficientes para uma correta proteção legal.

No presente, pretende-se analisar as inovações trazidas pelo referido Estatuto do Idoso, principalmente quanto aos seus artigos 94 e 95, em seus principais aspectos, e se representam inovações positivas ou retrocesso na questão penal, especificamente, no combate à violência cometida contra essas pessoas.

Destaca-se que a violência cometida contra o idoso, de acordo com as estatísticas oficiais que estão no referido é, de regra, a doméstica, sendo os familiares, principalmente, os filhos, os que cometem todo o tipo de violência contra seus pais, avós ou tios.

É inegável que o Estatuto do Idoso trouxe várias inovações e avanços no trato com a questão do idoso, mas a grande questão a ser analisada, agora, é se os artigos penais e processuais penais previstos em tal Lei são, realmente, eficazes no combate à violência contra essas pessoas².

2 AMPLIAÇÃO OU NÃO DO CONCEITO DE CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E APLICAÇÃO OU NÃO DOS INSTITUTOS DESPENALIZADORES PREVISTOS NA LEI N. 9.099/95

Logo após a promulgação do Estatuto do Idoso, surgiram vários entendimentos no sentido de se saber se o referido estatuto ampliou ou não o conceito de crimes de menor potencial

¹ Advogada. Possui Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2000). É especialista em Direito Penal e Processual Penal e possui Mestrado em Direito, ambos pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2007). Leciona as matérias de Direito Penal - Parte Geral, Criminologia e Sociologia Jurídica, na Universidade de Santa Cruz do Sul/RS. Coordena a Pós-Graduação presencial em Direito Penal e Processual Penal e a Pós-Graduação, em Direito Penal e Processual Penal, pela modalidade Ensino a Distância - EaD. Autora de artigos em revistas jurídicas especializadas e coautora do livro *o Estatuto do idoso: aspectos sociais, criminológicos e penais*, em coautoria com Eduardo Ritt, pela Editora Livraria do Advogado, em 2008. E-mail: carolineritt@viavale.com.br.

² Cabe observar que, a partir da edição da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, a chamada Lei Maria da Penha, os crimes cometidos com violência ou ameaça contra mulheres – idosas ou não -, mas no ambiente doméstico e familiar, passaram a ser regidos por tal ordenamento, afastando, assim, até pelo princípio da especialidade e da lei posterior, o Estatuto do Idoso. Portanto, para tais delitos, em tal situação, não se aplicaria, em princípio, as disposições do Estatuto do Idoso, situação esta ainda não consolidada na doutrina e na jurisprudência. E o artigo 41, da Lei n. 11.340/06 veda, de forma expressa, a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra as mulheres, o que fatalmente deverá ser aplicado às idosas.

ofensivo.³ O artigo 94, do referido Estatuto, determina que: “Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro anos), aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal”.

Assim, teria o Estatuto do Idoso alterado, mais uma vez, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, aumentando de dois para quatro anos o limite da pena máxima do crime, para que seja considerado de menor potencial?

E a partir do referido dispositivo legal, todo delito cuja pena máxima abstrata não ultrapassar quatro anos submeter-se-á ao procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, podendo receber os benefícios da transação penal e da composição de danos?

Sobre a questão da ampliação ou não do conceito de crime de menor potencial ofensivo, Marco Antonio Vilas Boas argumenta que:

Curiosamente, o art. 94 do Estatuto outra vez dobrou o espaço de tempo, de 2 (dois) para 4 (quatro) anos, estendendo, conseqüentemente, a competência do Juizado Especial Criminal. Na verdade, passa-se a não saber, ao certo, se o benefício veio para o idoso (porventura processado criminalmente) ou para aquele que cometeu a infração penal contra o idoso. Porém, a considerar uma possível reparação civil, no âmbito do próprio Juizado, o idoso estará a discutir, possivelmente, uma eventual composição civil.⁴

E como consequência do chamado procedimento sumaríssimo, previsto na Lei nº 9.099/95, há os institutos da transação penal e a vedação de prisão em flagrante do autor do fato que assumir o compromisso de comparecer no Juizado Especial.⁵

Damásio de Jesus, analisando esse assunto, defende que a questão discutível do artigo 94 diz respeito ao sentido e alcance da norma. Questiona ele:

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Crimes de menor potencial ofensivo são os considerados, conforme artigo 61, da lei 9.099/95, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. Agora, com a lei que instituiu o Juizado especial Federal Criminal, podemos afirmar que o art. 61 sob comentário, em face do princípio da proporcionalidade, deve ser lido assim: “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não supere dois anos, estejam ou não sujeitos a procedimento especial”. Cometeria erro inominável, a nosso juízo, quem pretendesse criar duas espécies de infrações de menor potencial ofensivo: uma na esfera federal e outra, na estadual. Nas questões de liberdade, na inteligência das garantias constitucionais, dizia Rui, não cabe a hermenêutica restritiva. *Favorabilia ampliada (Commentarios à Constituição Federal brasileira, v. 5., p. 516)*. Ademais, interpretação contrária serviria, apenas, para demonstrar (o que sabe a disparate) que o Estado estaria permitindo tratamento diferente quanto à mesma infração, conforme seja da competência federal ou da estadual. Um desacato praticado por Procurador de Justiça ensejaria a perda de sua primariedade. Mas, se cometido por Procurador da República, a Justiça se contentaria com simples transação (Ibidem, p. 25).

⁴ BOAS, Marco Antonio Vilas. *Estatuto do Idoso comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 208.

⁵ É preciso diferenciar os benefícios trazidos pela Lei nº 9.099/95, como a transação penal, a composição de danos e a suspensão condicional do processo, que são medidas despenalizantes, previstas nos artigos 72 a 76, e no artigo 89, com o rito sumaríssimo criado na mesma Lei para dar maior celeridade no processo e julgamento dos crimes considerados de menor potencial ofensivo, previsto no artigo 77 e seguintes. Os institutos da transação penal e da composição de danos ocorrem em fase preliminar, evitando que o agente delituoso seja processado e julgado pelo seu crime. Já o rito sumaríssimo ocorre no processo e julgamento do crime, procurando-se a celeridade do procedimento, para que ocorra um julgamento rápido. Logo, é regra meramente processual que não se confunde com os institutos despenalizadores.

- 1- Será que o legislador desejou tornar de menor potencial ofensivo os delitos definidos no Estatuto do Idoso, cuja pena detentiva abstrata não ultrapasse 4 anos, permitindo, assim, que nesses casos, a aplicação dos institutos da Lei dos Juizados Especiais Criminais, como a transação penal (art. 76)?⁶
- 2- Podemos considerar que se estendeu a toda a legislação o novo conceito de crime de menor potencial ofensivo, elevando-se o critério quantitativo da pena a 4 anos? Ou o legislador pretendeu somente imprimir o chamado procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95, previsto em seus artigos 77 e seguintes, aos delitos definidos no Estatuto do Idoso?⁷

Para o referido autor haverá duas interpretações. A primeira afirma que todos os crimes criados pelo Estatuto do Idoso, desde que a pena máxima abstrata prevista não ultrapasse 4 anos, são de menor potencial ofensivo.⁸ Como consequência desse entendimento, além do procedimento sumaríssimo, estende-se a esses delitos a transação penal, nos termos da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Por efeito, entende-se que foi derogado o art. 61, da Lei nº 9.099/95, que já havia sido derogado pelo art. 2º, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. E, assim, passam a ser de menor potencial ofensivo, na legislação penal nacional, todos os delitos cuja pena máxima abstrata não ultrapasse 4 anos.⁹

Damásio de Jesus acredita ser a segunda interpretação a mais correta, na qual afirma que a todos os crimes criados pelo Estatuto do Idoso, desde que a pena máxima abstrata prevista não ultrapasse 4 anos, é somente aplicável o procedimento sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais.¹⁰ Para o referido penalista, o Estatuto do Idoso não considerou de menor potencial ofensivo todos os crimes nele descritos, matéria que continua regida pelo art. 61, da Lei n. 9.099/95, que foi derogado pelo parágrafo único do art. 2º, da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. O entendimento é no sentido de que o Estatuto do Idoso não derogou o art. 61, da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Por isso, para esse autor é incabível a transação penal e o critério dos 4 anos não se estendeu a toda a legislação criminal.¹¹

Ramayana,¹² por sua vez, explica que a norma prevista no artigo 94 do Estatuto, aplica-se de forma restrita, apenas ao aspecto procedimental na apuração dos delitos contra o idoso, pois não se deve fazer um equívoco de interpretação, ampliando o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, o autor afirma que:

As infrações de menor potencial ofensivo são definidas na Lei 9.099/95 e 10.259/2001; portanto, sob a ótica da legislação pátria, podemos admitir que são aquelas cuja pena máxima não ultrapasse de 2 (dois) anos. A *mens legislatoris* apenas determinou que o procedimento fosse aplicado de forma idêntica às leis supracitadas, o que significa que a norma em questão é de cunho meramente processual.¹³

⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. Notas críticas a algumas disposições criminais do Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.52, jan/abr/2004, p. 231.

⁷ *Ibidem*, p. 231.

⁸ *Ibidem*, p. 232.

⁹ *Ibidem*, p.232.

¹⁰ *Ibidem*, p.232.

¹¹ *Ibidem*, p.232.

¹² RAMAYANA, Marcos. *Estatuto do Idoso comentado*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004. p. 94.

¹³ *Ibidem*, p. 94.

Conclui ele dizendo que “Os crimes tipificados no Estatuto do Idoso, cuja pena não ultrapasse 4 (quatro anos), seguem o procedimento da Lei 9.099/95.”¹⁴ Ramayana cita também o ensinamento do Promotor de Justiça Cláudio Calo Sousa, que defende:

Certamente surgiram vozes, ao meu sentir, com a devida vênia, equivocadas, no sentido de que o conceito de infração de menor potencial ofensivo foi ampliado, ou seja, levará em conta o crime cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, o que acabaria enquadrando o crime de furto simples, aborto (artigos 124 e 126 do CP), apropriação indébita dentre outros.¹⁵

O referido Promotor de Justiça argumenta que já houve ampliação do conceito de crimes de menor potencial ofensivo pela Lei nº 10.259/2001, não havendo interesse legislativo do Estatuto do Idoso no aumento do rol dos delitos de tal natureza, sendo que o Estatuto fez apenas referência ao procedimento, nada definindo quanto ao direito material, e que também não houve previsão no âmbito de disposições transitórias de ampliação dos crimes de menor potencial ofensivo.¹⁶

Ramayana conclui, no entanto, que caberá, sim, contrariando Damásio de Jesus, ser possível a aplicação dos institutos despenalizadores que estão previstos na Lei n. 9.099/95:

Na verdade, caberão os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 (transação penal e *sursis* processual), no âmbito, exclusivo, do estatuto especial do idoso, em relação aos crimes cuja pena não ultrapasse 4 (quatro anos). Não haverá extensão em simetria com delitos não previstos na normatização de proteção ao idoso.¹⁷

E continua o referido autor que o Estatuto do Idoso é uma norma especial, possuindo destinação limitada, como foi, justamente, o caso do delito de embriaguez ao volante, racha ou pega, criado pelo Código de Trânsito Brasileiro, conforme artigo 291 do referido diploma legal, que também previu a possibilidade de aplicação dos institutos despenalizantes. Por isso, não haveria, agora, como se falar em destinação para todos, somente sendo aplicado nos delitos previstos pelo Estatuto do Idoso.¹⁸

Já Braga,¹⁹ quando comenta os crimes previstos no Estatuto do Idoso, argumenta que o artigo 94 do referido Estatuto prevê que aos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro anos), aplica-se o procedimento que está previsto na Lei n. 9099/95, como também, subsidiariamente, quando couber, e no que for preciso, o procedimento previsto no Código Penal e no Código de Processo Penal.

De acordo com a autora, esse é justamente o motivo de maior polêmica e argumenta que há o risco de interpretação de que os crimes contra o idoso sejam de menor potencial ofensivo, mas tal interpretação é equivocada:

Ora, a utilização da Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais e que é conhecida como “*Lei das pequenas causas*” leva a crer que os

¹⁴ Ibidem, p. 94.

¹⁵ Ibidem, p. 94.

¹⁶ Ibidem, p. 94.

¹⁷ Ibidem, p. 94.

¹⁸ Ibidem, p. 94.

¹⁹ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Direitos do idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 203.

crimes praticados contra os idosos são crimes de menor potencial ofensivo e que, portanto, comportam procedimento sumaríssimo.²⁰

Nesse sentido, Braga conclui:

Quanto à adoção da lei 9.099/95, cabe um profundo lamento! a sociedade não deve entender como mensagem indireta que os crimes cometidos contra idosos são de menor potencial ofensivo ou menor importância, e certamente não foi esta a intenção do legislador! Contudo, não há como negar este risco de interpretação, pois é sabido que qualquer lei funciona, se a lei parece branda, talvez não consiga atingir plenamente seu objetivo.²¹

Já Siqueira menciona que, para muitos juristas, a aplicação do procedimento estabelecido pela Lei n. 9.099/95 nada tem a ver com os benefícios da transação e da suspensão do processo, mas apenas com a rapidez processual, o que, para o referido autor, é criticável, já que não seria possível retirar da aplicação da lei às partes consideradas benéficas ao agente delituoso, somente para conservar sua celeridade.²²

Conforme o referido autor, quando ocorrer a hipótese de crime de ação penal pública incondicionada, como é o caso dos crimes previstos no Estatuto do Idoso, se não for situação de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos, conhecidas como penas alternativas, ou multa, procedimento conhecido como transação penal.²³ Siqueira defende que:

Na prática, nos crimes contra o idoso com pena máxima de quatro anos de reclusão, dificilmente alguém que os cometer será severamente punido, como no caso de maus-tratos a idosos, cuja pena, pelo §1º do art. 99, é de reclusão de um a quatro anos, e se há lesão corporal de natureza grave. O criminoso terá a elaboração de um termo circunstanciado e poderá, por hipótese, sair com o idoso do distrito policial, tendo sua pena suspensa, ou então sendo condenado a serviços comunitários ou a pagamento de cestas básicas... Mas isso, observamos, não acontecerá em todos os crimes.²⁴

Damásio de Jesus, por sua vez, questiona se “Esse tratamento não estaria atuando com efeito diverso, ou seja, o de incentivar o crime contra a pessoa idosa, permitindo ao sujeito ativo receber como prêmio as medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95?”²⁵ Nesse contexto, Damásio de Jesus defende não serem aplicáveis os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 quando da apuração dos delitos contra os idosos, mas tão-somente o rito sumaríssimo. Por outro lado, há o entendimento, como de Marcos Ramayana, de serem aplicáveis todos os institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 aos crimes do Estatuto do Idoso, cuja pena máxima não seja superior a 4 anos.

Também há quem sustente que o art. 94 do Estatuto do Idoso apenas alargou a competência do Juizado Especial Criminal para processar os delitos previstos, justamente, no

²⁰ Ibidem, p. 203.

²¹ Ibidem, p. 206.

²² SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de. *Estatuto do Idoso de A a Z*. Aparecida, SP: Idéias e Letras, 2004, p. 54.

²³ Ibidem, p. 54.

²⁴ Ibidem, p. 54-5.

²⁵ JESUS, op. cit., p. 233.

Estatuto do Idoso, não determinando, todavia, a aplicação dos institutos despenalizadores, como a transação penal.²⁶ Assim, o referido art. 94 determinou a aplicação apenas do procedimento da Lei n. 9.099/95, e que este seria apenas o procedimento sumaríssimo, conforme arts. 77-83, sem remissão à fase preliminar.²⁷

Todavia, a referida tese deve ser vista com reservas. Ora, se o delito não é considerado de menor potencial ofensivo, conforme o já exposto, pois o art. 94 não alterou tal conceito, não deveria ser processado no Juizado Especial Criminal. Essa tese também faz confusão com os conceitos, ainda mais quando estabelece que, mesmo sendo processado no Juizado Especial Criminal, não teria direito aos institutos despenalizadores.

3 POSICIONAMENTO JURÍDICO NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A corrente doutrinária e jurisprudencial que possui maior aceitação, junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é no sentido de que podem ser aplicados, não só o rito sumaríssimo, mas, também, os benefícios despenalizadores da Lei n. 9.099/95, aos crimes do Estatuto do Idoso. Todavia, entende que tais benefícios, bem como o rito sumaríssimo, devem ser aplicados, de forma exclusiva, na Justiça Comum, e não na Justiça Especial, pois considera que não houve alargamento dos crimes de menor potencial ofensivo, que continuam a ser considerados aqueles cuja pena máxima não seja superior a dois anos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARTIGO 102 DO ESTATUTO DO IDOSO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO COMUM. 1 – Versando o termo circunstanciado sobre matéria relativa a delito enquadrado no artigo 102 do Estatuto do Idoso, com pena prevista entre 01 a 04 anos, é de competência do juizado Comum processar e julgar o feito. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Conflito Negativo de Competência. NJG n. 70013087507 2005/CRIME. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. 01 de dezembro de 2005. Sétima Câmara Criminal. Porto Alegre/RS).²⁸

Tal decisão tratou de conflito negativo de competência, que, na oportunidade, foi suscitado pelo Magistrado do Juizado Especial Criminal da Comarca de Santa Cruz do Sul/RS. Nos autos havia a descrição do delito tipificado no art. 102 do Estatuto do Idoso, qual seja, o de se apropriar ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando a eles aplicação diversa daquela que é a sua finalidade. Para tal delito a pena cominada é de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

O referido acórdão enfatiza que não é possível confundir procedimento com competência. Lembra que o Estatuto do Idoso não alterou as disposições acerca do conceito de infração de menor potencial ofensivo, sendo que a competência dos Juizados Especiais Criminais está devidamente consignada nos artigos 60 e 61 da Lei n. 9.099/95, que, posteriormente, foi modificado pela Lei n. 10.259/01, fixando o máximo da pena a ser observada, que é de dois anos. E conclui que:

²⁶ FREITAS, Jayme Walmer de. O Estatuto do Idoso e a Lei nº 9.099/95. Jus Navigandi, Teresina, a, n. 180, 2 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4655>>. Acesso em: 01 mai. 2006.

²⁷ Ibidem, sem página.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Conflito Negativo de Competência. NJG nº 70013087507 2005/CRIME. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. 01 de dezembro de 2005. Sétima Câmara Criminal. Porto Alegre/RS.

O Juizado Comum poderá aplicar os benefícios da lei n. 9.099/95, assim entendendo o julgador. Entretanto, sendo a pena máxima cominada ao delito quatro anos, é de ser fixada a competência do Juízo Comum para processar e julgar o feito.

Isso posto, julgo procedente o conflito para estabelecer a competência do Juízo Comum para processar e julgar o presente feito.²⁹

No mesmo sentido, são as conclusões trazidas por alguns doutrinadores, entre eles Luiz Flávio Gomes.³⁰

Em realidade, há várias decisões emanadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, todas indicando que o crime seja julgado pela Justiça Comum, utilizando-se, porém, do rito sumaríssimo da Lei nº 9.099/95, mas sem adentrar, mais detidamente, na possibilidade, ou não, da aplicação dos dispositivos despenalizadores de tal ordenamento, dentre as quais podemos citar:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ESTATUTO DO IDOSO. ARTIGO 94 DA LEI 10.741/97. NORMA DE CARÁTER PROCEDIMENTAL. COMPETÊNCIA DO JUIZADO COMUM. Conflito procedente (Conflito de Competência N. 70011211182, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 12/05/2005).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ESTATUTO DO IDOSO. JUIZADO ESPECIAL. O art. 94 da Lei n. 10.741/03 não pretendeu alterar o conceito de infração de menor potencial ofensivo, apenas determinou a aplicação do procedimento da Lei 9.099/95 aos crimes previstos naquela lei cuja pena máxima não ultrapasse 04 (quatro) anos. Conflito improcedente (Conflito de Competência Nº 70010970085, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Foerster, Julgado em 31/03/2005).

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXPOR A PERIGO A INTEGRIDADE OU A SAÚDE. ART. 99, CAPUT, E APROPRIAR-SE DE BENS DE IDOSO. ART. 102, AMBOS DA LEI 10.741/03) CONCURSO MATERIAL. ART. 69 DO CPB. ESTATUTO DO IDOSO. COMPETÊNCIA DECLINADA. 1. Adotar o procedimento da Lei 9099/95 não implica o processamento da ação penal perante o Juizado Especial Criminal, por isso a movimentação processual que assim cadastrou o feito está incorreta. 2. Se entre os delitos imputados ao acusado, em concurso material, há um que afasta a competência do Juizado Especial Criminal, imperativo que o recurso seja examinado pelo TJRS competente para exame dos recursos relativos a delitos com pena privativa de liberdade superior a dois anos. DECLINADA A COMPETÊNCIA AO TJRS. UNÂNIME (Recurso Crime N. 71001424092, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Nara Leonor Castro Garcia, Julgado em 17/09/2007).

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul realizou, em Canela, em novembro de 2004, o I Encontro Criminal intitulado “O Ministério Público e as Estratégias Jurídico-Criminais para Efetivar o Direito Fundamental à Segurança Social”, onde os Promotores e Procuradores de Justiça, com atribuição na área criminal, debateram questões polêmicas e de apreciação necessária à atuação do Ministério Público, apresentando, dentre outros, o Enunciado n. 058,

²⁹ Ibidem, sem página.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio. O Estatuto do Idoso ampliou a conceito de menor potencial ofensivo? Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_processual_penal.htm> Acesso em: 14 jul. 2005.

que foi devidamente aprovado pelo Procurador-Geral de Justiça e pelo Corregedor-Geral do Ministério Público do Rio Grande do Sul, e que foi redigido no seguinte sentido:

É possível a aplicação do procedimento sumaríssimo aos crimes contra idoso, em razão do disposto no artigo 94 do Estatuto do Idoso, cuja pena máxima seja superior a 2 anos, no juízo comum. Não é possível a aplicação dos benefícios estabelecidos na Lei n. 9.099/95 aos aludidos delitos, exceto a suspensão condicional do processo. Em delitos dessa natureza, deverá o Ministério Público requisitar inquérito policial à autoridade policial, em vez de Termo Circunstanciado, bem como não deverá o agente ministerial com atribuições junto ao juízo comum promover a remessa dos autos ao JEC.

Assim, muito embora o assunto ainda não esteja pacificado, havendo posições conflituosas na doutrina e jurisprudência, parece claro que: a) continua a vigor no Brasil o conceito de infração de menor potencial ofensivo com pena máxima de até 2 anos, que está no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01; b) não foi ampliado o conceito de infração de menor potencial ofensivo. Todos os delitos, mesmo os previstos no Estatuto do Idoso, cuja pena máxima supere dois anos, devem ser objeto de Inquérito Policial, e não Termo Circunstanciado, sendo da competência da Justiça Comum, não dos juizados.³¹

Tal não significa que o Estatuto do Idoso não possua nenhum delito de menor potencial ofensivo. Em várias infrações, previstas no referido Estatuto, a pena não passa de dois anos, sendo essas de competência dos Juizados Especiais Criminais, sendo investigadas por Termo Circunstanciado de Ocorrência:

Art. 96: “Discriminação de pessoa idosa. Pena: reclusão de 6 meses a 1 ano e multa”.

Art. 97: “Deixar de prestar assistência ao idoso. Pena: detenção de 6 meses a 1 ano e multa”.

Art. 99, “caput”: “Expôr a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso submetendo-o a condições desumanas ou degradantes. Pena: detenção de 2 meses a 1 ano e multa”.

Art. 100: Crimes que consistem em obstar o acesso a cargo público por motivo de idade, e outros previstos nos incisos do referido artigo. Pena: reclusão de 6 meses a 1 ano e multa.

Art. 101: “Deixar de cumprir ordem judicial ou outra determinação que tenha como parte o idoso. Pena: detenção de 6 meses a 1 ano e multa”.

Art. 103: “Negar acolhimento ou permanência do idoso como abrigado. Pena: detenção de 6 meses a 1 ano e multa”.

Art. 104: “Reter cartão de crédito relacionado à conta de benefícios, proventos ou pensão do idoso. Pena: detenção de 6 meses a 2 anos e multa”.

E, finalmente:

Art. 109: “Impedir ou embaraçar ato do representante do Ministério Público ou de qualquer outro agente fiscalizador. Pena: reclusão de 6 meses a 1 ano e multa”.

³¹ Ibidem, sem página.

E tal acontece porque, nesses delitos, a pena máxima cominada não passa de dois anos, enquadrando-se no conceito de infração de menor potencial ofensivo, conforme a Lei nº 10.259/01.

Assim, será feito o uso do Termo Circunstanciado de Ocorrência, bem como aplicação dos institutos despenalizadores.

Todavia, há um terceiro grupo de crimes previstos no Estatuto do Idoso, que não admitem nem Juizados, nem o próprio procedimento respectivo, pelo fato de serem crimes punidos com pena superior a quatro anos. São os crimes previstos no art. 99, § 2º, e no art. 107.

Diz o art. 99: “Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado: § 2º Se resulta morte: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos”.

Já o artigo 107, do referido estatuto, assim estabelece: “Coagir, de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração: Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos”.

Observa-se, ainda, que as eventuais disposições da Lei nº 9.099/95 não se aplicam aos demais crimes, com pena máxima superior a 2 anos, previstos fora do Estatuto do Idoso, como, por exemplo, os crimes previstos no Código Penal, como furto, etc., já que o artigo 94, do referido Estatuto é claro em dizer que as disposições da Lei nº 9.099/95 só se aplicam “Aos crimes previstos nesta Lei”. Trata-se de norma especial, portanto, de abrangência limitada, conforme já exposto no presente estudo.

A partir desse entendimento, podemos exemplificar que não seguirá o procedimento da Lei nº 9.099/95 o processo que apurar o crime de furto simples, previsto no art. 155, “caput”, do Código Penal, praticado contra o idoso, ainda que a pena máxima de tal delito seja, justamente, de 4 anos. Mas, de outra forma, submeter-se-á ao rito e benefícios da Lei nº 9.099/95 o processo que tratar do delito que está previsto no art. 98, do Estatuto do Idoso, que é apenado com 6 meses e 3 anos de detenção: “Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa”.

4 O ESTATUTO DO IDOSO NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – RETROCESSO OU AVANÇO ?

Para muitos, as disposições do Estatuto do Idoso acabaram por beneficiar, justamente, os agressores dos idosos, que terão direito aos benefícios da Lei nº 9.099/95, incentivando, ainda mais, a violência contra o idoso.

Para outros, ao possibilitar a transação penal, a composição de danos e a suspensão condicional do processo, beneficiariam diretamente os idosos, já que envolvem, não só a mera punição do agressor, mas a busca da conciliação, do acordo e da preservação dos interesses do idoso, através, por exemplo, do ressarcimento do dano. Além disso, o procedimento sumaríssimo seria uma forma de dar mais agilidade e rapidez no julgamento dos agressores dos idosos.

Para esses, seria exagero afirmar que o idoso será escolhido, com maior facilidade, como vítima da prática de delitos, porque o limite de quatro anos da pena máxima só será aplicado

quando se tratar dos crimes especiais, previstos no Estatuto do Idoso. Para qualquer outra infração penal, prevista fora dele, valem as leis gerais.

Assim, se o idoso for vítima de um furto simples, o criminoso será processado pelo rito ordinário, ou seja, com base no rito disposto nos artigos 394 a 405 e 498 a 502, todos do Código de Processo Penal. Ocorre que o autor de tal furto terá sua pena agravada, conforme o artigo 61, inciso III, letra "h", do Código Penal. Assim, o procedimento previsto no art. 94, da Lei nº 10.741/03, não incidirá no caso. Dessa forma, conclui-se que continua sendo mais grave furtar de um idoso do que de alguém que tenha outra idade e que não seja idoso. Além disso, o Estatuto do Idoso criou vários outros crimes, como já visto, aumentando a proteção penal do idoso.

O Estatuto do Idoso, assim, não teria alterado o conceito de infração de menor potencial ofensivo, até o momento, que é de competência privativa de leis específicas, por enquanto da Lei nº 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais, e Lei nº 10.259/01, que estabeleceu o Juizado Especial na Justiça Federal.

O que o referido Estatuto fez foi, na concepção do Egrégio Tribunal de Justiça gaúcha, emprestar da Lei nº 9.099/95 o rito dos artigos 77 a 83, que é chamado de rito sumaríssimo que, por sua vez, é mais célere, fazendo com o que o litígio tenha uma rápida solução processual.

Damásio de Jesus, por sua vez, apresenta várias situações supostamente incongruentes trazidas pelo Estatuto do Idoso. Por exemplo, no crime descrito no art. 168, do Código Penal - apropriação indébita comum -, o autor pode ser atuado em flagrante. O delito não é considerado de menor potencial ofensivo e sobre sua apuração não incide o procedimento da Lei nº 9.099/95, embora permita, em tese, presente as condições, a suspensão condicional do processo, que é cabível em relação a qualquer delito, cuja pena mínima não ultrapasse 1 ano (e suspende o andamento do processo, mediante condições, não havendo prolação de sentença, e mantendo-se o agressor sem qualquer condenação). Na fase policial, o atuado é recolhido ao cárcere por não caber arbitramento de fiança pela autoridade policial.³²

Já na apropriação indébita de bens, proventos ou pensão do idoso, que está tipificada no art. 102, da Lei nº 10.741/2003, ao contrário da apropriação indébita comum, é permitida a lavratura do termo circunstanciado, livrando o autor do fato de prisão em flagrante e do cárcere, se assinar o documento de prontamente comparecer em todos os atos do processo.³³

Outra situação, destacada pelo referido penalista, ocorre no crime de sujeitar o idoso a trabalho excessivo ou inadequado, causando-lhe lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, ilícito que está tipificado no art. 99, § 1º, da Lei nº 10.741/2003, e que recebe tratamento penal bem mais benéfico se for comparado com o procedimento previsto para os crimes de lesão corporal de natureza grave e maus-tratos, que estão previstos nos artigos 129 e 136, do Código Penal, respectivamente. Assim, lamenta ele que o Estatuto acabou por proteger o autor do crime contra o idoso e não este.³⁴

³² JESUS, op. cit., p. 232.

³³ Ibidem, p. 232-233.

³⁴ Ibidem, p. 233.

Para Damásio de Jesus, “Esse tratamento não estaria atuando com efeito diverso, ou seja, o de incentivar o crime contra pessoa idosa, permitindo ao sujeito ativo receber ,como prêmio, as medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95?”³⁵

A disposição do artigo 94, do Estatuto do Idoso, seria, assim, contraditória com o que estabelece o artigo 2º, do próprio Estatuto, quando dispõe que “o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.

O artigo 2º, do referido Estatuto faz presumir que o objetivo do legislador era o da utilização do instrumental de penas, para a efetiva proteção da dignidade do idoso, e não torná-lo mais fragilizado.

E o artigo 94 do Estatuto conflitaria com as disposições do próprio Estatuto de alterar, no Código Penal e legislação especial, a agravação das penas quando a vítima for idosa, em crimes comuns.

No Código Penal, o Estatuto determina a alteração da redação da agravante genérica do artigo 61, inciso II, letra “h”, mandando agravar a pena do crime quando o agente praticar o crime contra maior de 60 anos.

É acrescido no § 4º, do artigo 121, do Código Penal, uma causa de aumento de pena quando o homicídio doloso é praticado contra pessoa maior de 60 anos, o mesmo ocorrendo quanto ao crime de abandono de incapaz (art. 133 do CP), no crime de injúria (art. 140, § 3º, do CP), e nos demais crimes contra a honra (art. 141 do CP), no sequestro e cárcere privado (art. 148 do CP), na extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP).

No abandono material (art. 244 do Código Penal), passa a ser crime deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do maior de 60 anos.

Na legislação extravagante, algumas infrações da Lei das Contravenções Penais, bem como o crime de Tortura (Lei nº 9.445/97), e de Tóxicos (Lei nº 6.368/76)³⁶, terão suas penas aumentadas, se o crime for praticado contra o Idoso.

Em todos esses casos, determina o Estatuto do Idoso que o agressor da pessoa idosa receba pena mais grave. Todavia, nos crimes específicos praticados contra o idoso, previstos no próprio Estatuto, a pena será menor e da competência do Juizado Especial Criminal.

E há outras inadequações apontadas na doutrina e jurisprudência.

O abandono de incapaz do Código Penal (art. 133), por sua pena, não é considerado de menor potencial ofensivo. Todavia, sua figura assemelhada, prevista no artigo 98, do referido Estatuto, apesar de pena máxima de 3 anos, prevê o rito da Lei nº 9.099/94.

Apropriar-se ou desviar bens, proventos ou pensões dos idosos, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade, prevista no art. 102, do Estatuto, terá sua aplicação junto ao

³⁵ Ibidem, p. 233.

³⁶ A Lei n. 6.368/76 foi revogada expressamente pela Lei n. 11.343/2006, que não mais repetiu tal causa de aumento de pena.

Juizado Especial Criminal, como consequência será conduta menos grave do que apropriação indébita do art. 168, do Código Penal. Assim, o crime do art. 168, do Código Penal (cuja vítima é qualquer pessoa) torna-se mais rigoroso que o mesmo crime praticado contra pessoas idosas.

Abusar da falta de discernimento de um idoso, crime previsto no art. 106, do Estatuto, será mais vantajoso para o criminoso, diante da hipótese do artigo 174 do Código Penal, crime similar de induzimento à especulação, cuja vítima é qualquer pessoa, já que este não terá a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95, o que acontece com aquele.

Portanto, para alguns, não há coerência entre as disposições penais do Estatuto do Idoso, com a finalidade apresentada e seu efetivo resultado prático. A questão da violência contra o idoso irá se resumir, apenas, em pagamento de cesta básica, contradizendo totalmente com o que era o objetivo do Estatuto do Idoso, de efetivar o Princípio da Proteção e da Prioridade Absoluta com relação a ele. Damásio de Jesus é categórico e bem explica tal incoerência:

Meu pai dizia que o diabo, de tanto mexer no rosto do filho, para que ficasse bonito, furou-lhe o olho. O legislador criminal brasileiro, sem o mínimo cuidado, está mexendo tanto em nossas leis, que elas, já cegas, rondam sem rumo pelo caminho da confusão e da desproporcionalidade, tropeçando em seus próprios erros.³⁷

O art. 95 do Estatuto do Idoso, por outro lado, estabeleceu que todos os crimes contra os idosos são de ação penal pública incondicionada, retirando a necessidade de o Idoso representar contra seus agressores, em regra seus familiares. Tal disposição é importante e evita que o Idoso sinta-se constrangido ou temeroso, o que normalmente acontecia. Assim, uma vez ocorrido o crime, e levado ao conhecimento da autoridade policial, ministerial ou judicial, o procedimento deverá ser instaurado automaticamente e de ofício, sem necessidade de qualquer manifestação da vítima. Trata-se de ponto positivo do Estatuto do Idoso, sem qualquer dúvida.

Por fim, ainda o artigo 95 do Estatuto do Idoso determinou que não se aplica a escusa absolutória, prevista no artigo 181, do Código Penal, como também a necessidade de representação prevista no artigo 182, também do Código Penal, aos crimes patrimoniais, cometidos contra idosos, tanto os previstos no Código Penal (vedado pelo artigo 183 do Código Penal, alterado pelo próprio Estatuto) como no próprio Estatuto do Idoso. Trata-se, então, de um óbvio ponto positivo do Estatuto do Idoso, já que retira o impedimento, antes existente, de que crimes patrimoniais cometidos contra idosos por seus familiares sejam punidos e de que necessite o idoso representar contra seus próprios familiares, como antes referido.

Como se observa, há grande controvérsia entre os doutrinadores sobre as disposições penais e processuais, contidas no Estatuto do Idoso. Não há unanimidade e nem certeza de que o Estatuto do Idoso andou bem em tais disposições. Para alguns, houve verdadeiro retrocesso, prejudicando a repressão da violência contra o idoso. Para outros, houve inovações interessantes e importantes no trato com a questão da violência contra o Idoso.

Mas, mais uma vez, há que ser lembrado que, agora, a partir da edição da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, a chamada Lei Maria da Penha, os crimes cometidos com violência ou ameaça contra mulheres – idosas ou não -, mas no ambiente doméstico e familiar, passaram a ser regidos por tal ordenamento, afastando, assim, até pelo princípio da especialidade e da lei posterior, o Estatuto do Idoso. Portanto, para tais delitos, em tal situação, não se aplicaria, em princípio, as disposições do Estatuto do Idoso, situação esta ainda não consolidada na doutrina e na jurisprudência. E o artigo 41 da Lei n. 11.340/06 veda, de forma expressa, a aplicação dos

³⁷ JESUS, op. cit., p. 234.

institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra as mulheres, o que fatalmente deverá ser aplicado às idosas.

Dessa forma, houve clara alteração na situação da idosa, quando vítima de violência doméstica e familiar, mas não do idoso, pois este não foi atingido pela nova legislação.

5 CONCLUSÕES

O Brasil, nas próximas décadas, será um país de idosos, sendo papel fundamental de toda a sociedade, e do próprio Estado, a fomentação de uma nova mentalidade, vendo os idosos, com suas experiências e limitações, trazidas pela idade, como pessoas que, de certa forma, voltaram à infância e, por isso mesmo, devem ser tratados com a máxima prioridade. Necessitam, pois, que sejam respeitados em sua dignidade, sob uma ótica humanista, que coloca o ser humano como prioridade.

É importante que façamos uma correta análise da atual situação social e jurídica brasileira, à fim de vencermos a séria crise de paradigma pela qual passamos, em especial os administradores públicos que não compreenderam, ainda, as transformações do mundo, resultando na incapacidade em lidar com a realidade social de envelhecimento da população.

Essa crise de paradigma faz com que nossa atual Carta Constitucional, embora traduza um nítido desejo garantista, de proteção aos direitos humanos e fundamentais, com a criação de um Estado Democrático de Direito, seja relegada, muitas vezes, a um segundo plano, trazendo indiferença e ineficácia aos preceitos constitucionais, o que precisa ser modificado.

A preocupação da nossa sociedade deve voltar-se à criação de um sistema de poder, uma pauta de regras e princípios, uma ordem jurídica moderna ou uma nova estrutura da economia, que possa propiciar a Dignidade da Pessoa Humana, principalmente com relação ao idoso. Assim, resta necessária uma mudança na atuação de todos, mas, em especial, dos administradores públicos, e dos operadores jurídicos, no trato com a questão do idoso.

Para a construção de um novo referencial com relação à velhice, é necessário garantir a dignidade de todos. É a partir da inclusão social, que só será possível se tivermos pessoas solidárias, cordiais e que estejam conectadas com tudo e com todos, que será possível resgatar o idoso como valor para a sociedade.

É preciso também uma reflexão em relação ao próprio envelhecimento, versada em descobrir de qual maneira é possível estabelecer reservas físicas e emocionais, que permitam ânimo e vigor na velhice, para desenvolver o potencial de aprendizado, lazer e sociabilidade que o tempo finalmente mais livre pode proporcionar.

Vida longa consiste em um objetivo a ser alcançado por qualquer sociedade. Ocorre que, por si, o envelhecimento não é o bastante, pois é muito importante que se alcance qualidade de vida para aqueles que já envelheceram, ou estão atravessando o processo de envelhecimento. Isso implica a tarefa complexa de manutenção de autonomia e independência. O desafio para os países considerados pobres é muito grande, já que possuem menos estrutura para enfrentar essa nova realidade.

Países como o Brasil ainda não resolveram, de forma satisfatória, as necessidades básicas da infância e adolescência e estão diante da emergência, em termos quantitativos, de outro grupo etário, que está fora da produção econômica e precisa de investimentos para atender a suas demandas que são específicas.

É duplo o desafio que a sociedade tem de enfrentar: o de assegurar serviços de qualidade para os idosos e desenvolver, conjuntamente, recursos humanos de excelência e conhecimento qualificado para lidar com esse grupo etário, que está crescendo muito em nosso país. Isso, sem abandonar a atenção à base da pirâmide social, sob pena de ocorrer o agravamento das lamentáveis estatísticas de abandono, maus-tratos e outras formas de violência.

O idoso sofre discriminação social, em face da cultura de desrespeito e desprezo que, atualmente, vigora em nossa sociedade, enaltecendo a juventude eterna, o que se reflete, inclusive, nos operadores jurídicos e nos administradores públicos. É imprescindível que se reconheça a dignidade do idoso e que se atue concretamente na proteção e efetivação dos direitos humanos e fundamentais relacionados aos idosos, usando o Estatuto do Idoso como instrumento para garantir os direitos fundamentais dessa população e para protegê-la contra a violência doméstica.

É inegável que o Estatuto do Idoso é um avanço no trato com a questão da chamada Terceira Idade, em especial, nas áreas de saúde, lazer, previdência e em outras, podendo ser definido como um microsistema legal de garantias, na proteção da dignidade do idoso. Ele, inclusive, estabelece o princípio da prioridade absoluta com relação ao idoso, em especial quanto à formulação de políticas públicas deverá ter prioridade orçamentária, como forma de garantir, acima de tudo, sua dignidade.

Tratar, proteger e garantir o idoso contra a violência doméstica e familiar está ligado diretamente ao interesse público, pois essa camada da população não pára de crescer e, em poucos anos, conforme o IBGE, teremos a inversão da pirâmide social, havendo mais idosos do que jovens, vivendo em nosso país.

O Estado deverá garantir, assim, o chamado Bem Comum, que está ligado ao interesse público, que é, justamente, o de implementar as políticas públicas previstas no Estatuto, efetivando a dignidade do ser humano, fundamento do Estado Democrático de Direito. Especificamente quanto à violência doméstica e familiar, o Estado poderá estabelecer programas de tratamento ao idoso, e aos agressores, bem como realizar programas de conscientização e informação. Além disso, poderá criar casas de passagem, conveniando com órgãos estatais, como Ministério Público e Defensoria Pública, na defesa dos idosos. O Conselho Municipal, aliás, é instituição apta a trabalhar contra a violência doméstica e familiar, dando apoio ao idoso e recursos para que tal situação seja reprimida.

Observa-se, ainda, que, quanto à violência, caracterizada pela negligência nas instituições asilares, através do descaso com a higiene e outros cuidados, caracterizando-as como impróprias para a moradia e o cuidado do idoso, foi muito importante a previsão do Estatuto de que tais entidades sejam fiscalizadas, interditadas, até mesmo com a suspensão de repasse de verbas públicas e o afastamento de seus dirigentes.

Sentindo-se protegido e valorizado, o idoso elevará sua auto-estima, enfrentando as dificuldades da vida de maneira mais fácil, criando condições para que ele e a sociedade consigam criar uma nova realidade, de aceitação, de reconhecimento e de proteção.

Uma vez implementadas pelo Estado, tais políticas públicas trarão o fortalecimento da autoestima do idoso e, como consequência natural, ele terá maior conhecimento de seus direitos, como também da consciência de sua cidadania, exercendo o poder de denunciar os seus agressores, e exigir dos entes públicos a efetivação dos seus direitos.

Mas se é inegável que o Estatuto do Idoso é um avanço, em especial nas áreas de saúde, lazer, previdência e outras, observou-se haver grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre as disposições penais e processuais contidas no Estatuto do Idoso. Não há unanimidade, nem certeza de que o Estatuto do Idoso andou bem, em tais disposições. Para alguns, houve verdadeiro retrocesso, prejudicando a repressão da violência contra o idoso. Para outros, houve inovações interessantes e importantes.

O certo é que o legislador brasileiro pudesse, talvez, ter ido mais longe na defesa do Idoso, e, talvez, evitando certas ambiguidades, dúvidas e contradições no texto legal. Não se pode, todavia, apenas entender pela inadequação do referido Estatuto, fazendo terra arrasada, pois é entrada certa para o retrocesso. Devemos, sim, buscar o aperfeiçoamento e a evolução da própria legislação, sempre numa visão Humanista e na busca da proteção do Idoso.

É claro que o Estatuto do Idoso não é uma legislação perfeita e acabada. Trata-se de uma lei que trouxe avanços, e, como se viu, até mesmo retrocesso na busca da proteção do idoso. Porém, trata-se do reconhecimento do próprio Estado brasileiro de que é preciso buscar formas de proteger os nossos velhos.

Agora, é a sociedade como um todo que precisa compreender essa situação e fazer efetivas as normas constitucionais e legais, à fim de que, de fato, possamos esperar um mundo melhor para todos nós, sem violência e sem discriminação.

REFERÊNCIAS

BOAS, Marco Antonio Vilas. *Estatuto do Idoso comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Direitos do idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Conflito Negativo de Competência. NJG nº 70013087507 2005/CRIME. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. 01 de dezembro de 2005. Sétima Câmara Criminal. Porto Alegre/RS.

FREITAS, Jayme Walmer de. O Estatuto do Idoso e a Lei nº 9.099/95. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 180, 2 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4655>>. Acesso em: 01 mai. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. O Estatuto do Idoso ampliou a conceito de menor potencial ofensivo? Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_processual_penal.htm> Acesso em: 14 jul. 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. Notas críticas a algumas disposições criminais do Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.52, p.231-234, jan/abr/2004.

RAMAYANA, Marcos. *Estatuto do Idoso comentado*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de. *Estatuto do Idoso de A a Z*. Aparecida, SP: Idéias e Letras, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANOTAÇÕES SOBRE O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E SEUS ASPECTOS CRIMINAIS

Luiz Egon Richter¹

1 PARCELAMENTO DO SOLO URBANO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PRECEITOS ADMINISTRATIVOS E CONSTITUCIONAIS

Antes da abordagem dos preceitos administrativos e constitucionais acerca do parcelamento do solo urbano, convém trabalhar alguns conceitos e idéias inerentes à temática, que facilitam a compreensão. Para tanto, far-se-ão breves comentários a respeito do regime jurídico urbanístico, fundamento do qual, se encontra no texto constitucional, assim como da atividade urbanística, que é a ação destinada a realizar os fins urbanísticos. Na sequência, apresentar-se-ão os conceitos de urbanização e urbanificação, o conceito de cidade, que é o espaço urbanizado, e o direito urbanístico.

1.1 Do regime jurídico urbanístico

O urbanismo – no plano jurídico – está ligado à cidade. É o ramo do direito que tem por objeto o espaço urbano. Concebeu-se o urbanismo, inicialmente, como a arte de embelezar a cidade. Hoje é considerado uma ciência², uma técnica e uma arte, ao mesmo tempo, cujo objetivo é a organização do espaço urbano, visando ao bem-estar coletivo – através de uma legislação específica, de planejamento e de execução de obras públicas, as quais permitem o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares: habitação, trabalho, recreação e circulação.

1.2 Atividade urbanística – consiste na ação destinada a realizar os fins do urbanismo, ação essa destinada a aplicar os princípios do urbanismo que, segundo José Afonso da Silva³, podem ser classificados, em:

- a) Planejamento – formulação de planos para a ordenação do solo urbano e da cidade;
- b) Ordenação do solo – instrumentos jurídicos destinados a possibilitar a execução do plano e a ordenação do solo;
- c) Ordenação urbanística de áreas de interesse especial – urbanístico, ambiental, histórico-cultural, turístico, etc...
- d) Ordenação urbanística da atividade edilícia – instrumentos jurídicos de função de polícia edilícia.

Em síntese, o regime jurídico urbanístico é de direito público, logo, atividade urbanística está sujeita ao regime de direito público.

¹ Professor de Direito Administrativo e Registros Públicos da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27

³ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31 e seguintes

1.3 Urbanização e Urbanificação

Urbanização - designa o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural. Caracteriza-se pela concentração populacional urbana e apresenta consequências, como a deterioração do ambiente urbano; provoca a desorganização social, com carência de habitação, desemprego, problemas de higiene e de saneamento básico; modifica a utilização do solo e transforma a paisagem urbana.

Urbanificação- designa o processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana, que é a reurbanização, ou na criação artificial de núcleos urbanos e se caracteriza pela intervenção do Poder Público, que procura transformar o meio urbano e criar novas formas urbanas. Apresenta, como consequência, a correção da urbanização irracional.

1.4 Conceito de cidade

"Cidade é um complexo demográfico, social e econômico, apresentando grande concentração de população, que se dedica principalmente a atividades industriais, comerciais e de serviços" [Do lat. civitate.]. Complexo demográfico formado, social e economicamente, por uma importante concentração populacional não agrícola, isto é, dedicada a atividades de caráter mercantil, industrial, financeiro e cultural; urbe: "Cidade é a expressão palpável da necessidade humana de contato, comunicação, organização e troca, em uma determinada circunstância físico-social e em um contexto histórico."⁴

Para a conceitualização de cidade são utilizados alguns critérios como, por exemplo: o econômico, o demográfico e, também, um conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e socioculturais. No Brasil, o conceito de cidade é jurídico-político, porque a cidade surge com a emancipação do município. Passa a ser o núcleo urbano, sede do governo municipal. "Cidade, no Brasil, é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político-administrativos, econômico, não agrícola, familiar e simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja sua população. A característica marcante da cidade, no Brasil, consiste no fato de ser um núcleo urbano, sede do governo municipal."⁵

1.5 Direito urbanístico

Direito urbanístico – no plano objetivo – consiste em conjunto de normas jurídicas, reguladoras da atividade do Poder Público, destinado a ordenar os espaços habitáveis ou conjunto de normas jurídicas, reguladoras da atividade urbanística. Já no plano científico, o Direito urbanístico é o conhecimento sistematizado das normas e princípios reguladores da atividade urbanística.

1.6 Preceitos administrativos

No âmbito administrativo os preceitos acerca do parcelamento do solo urbano compreendem todos aqueles de ordem pública, que regulam a atividade urbanística de parcelamento do solo urbano e de seus aspectos ambientais. Não é possível executar a atividade urbanística de parcelamento do solo urbano sem a observância das diretrizes de natureza urbanística e ambiental. Salienta-se que a organização político-administrativa, no Brasil, é orientada pelo princípio federativo, donde se conclui que a competência para dispor à respeito da política urbanística é federal, estadual e municipal, cabendo à União e aos Estados federados a

⁴ COSTA, Lúcio. *Registro de uma vivência*. p.277.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.26

disposição das regras e dos princípios a serem observados, e aos municípios, o regramento suplementar e a execução da política urbanística.

A União tem competência para dispor sobre normas gerais, de acordo com o artigo 24, I e parágrafo primeiro. Já os Estados federados podem legislar de forma suplementar, de acordo com o parágrafo segundo do artigo 24 e, poderão instituir, mediante lei complementar, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, de acordo com o parágrafo terceiro do artigo 25. Nesse sentido, cabe aos municípios suplementar a legislação federal e estadual, no que couber e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e da ocupação urbana, nos termos do artigo 30, incisos I e VIII, todos da Constituição Federal. Além disso, compete aos municípios com mais de 20.000 habitantes aprovar, por meio do legislativo municipal, o plano diretor, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 182, da Constituição Federal.

No plano federal destaca-se a Lei nacional de n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e atribui outras providências. Há também o Estatuto da Cidade, instituído pela Lei federal de n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que regulamenta os artigos 182 e 183, da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana e dando outras providências. O Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei de n. 10.116, de 23 de março de 1994, que dispõe sobre os critérios e requisitos para a definição e delimitação de áreas urbanas e de expansão urbana, sobre as diretrizes e normas acerca do parcelamento para fins urbanos, sobre a elaboração de planos e diretrizes gerais de ocupação do território pelos municípios e, no âmbito dos municípios as leis que estabelecem as diretrizes para o uso e ocupação do solo urbano e os planos diretores.

Quanto ao plano ambiental destacam-se, no âmbito federal, a Lei federal n. 6.938, de 17 de janeiro de 1981 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente; a Lei federal n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, que instituiu o Código Florestal; além de outras leis importantes e o regramento de natureza administrativa, expedido pelos órgãos ambientais federais. Os Estados federados, no âmbito de suas competências, também legislam sobre meio ambiente, podendo inclusive, exercer a competência plena, na ausência de legislação nacional, dispondo sobre normas gerais, de acordo com o parágrafo terceiro do artigo 24, da Constituição Federal.

Os municípios também possuem competência legislativa acerca do meio ambiente, podendo legislar, supletivamente e executar determinadas atividades licenciadoras. Atualmente, as atribuições licenciadoras dos municípios podem ser ampliadas, por meio de convênios firmados entre órgãos estaduais e municipais. No Rio Grande do Sul, a Fundação Estadual de Proteção Ambiental transfere, por meio de convênios, atribuições protetivas do meio ambiente para os municípios.

1.7 Preceitos constitucionais

A Constituição federal, no âmbito do Título VII, que trata da ordem econômica e financeira, tem um capítulo próprio que dispõe acerca da política urbana, destacando-se os artigos 182 e 183. A atividade de parcelamento do solo urbano, no Brasil, é executada predominantemente pela iniciativa privada, de acordo com os preceitos normativos e reguladores, impostos pelo Poder Público. Trata-se, portanto, de atividade de natureza econômica, mas de relevância pública, porque estabelece a base jurídico-territorial de reprodução da vida urbana. Essa relevância pública é que qualifica os crimes cometidos, em tal seara, como contrários à Administração Pública.

O artigo 182 prevê que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei – Estatuto da Cidade – tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. O parágrafo primeiro dispõe que o “plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”. E, no parágrafo segundo, consta que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor. Já o parágrafo terceiro prevê que “as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

Nesse contexto, no parágrafo quarto, e incisos, há previsão de intervenção do Poder Público nas hipóteses em que não há o adequado aproveitamento do solo urbano, desde que haja previsão em lei municipal. A redação do citado parágrafo e incisos é a seguinte: “É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O artigo 183 prevê que todo aquele que possuir uma área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. No parágrafo primeiro, consta que o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. O parágrafo segundo estabelece um limite ao gozo desse direito, ao dispor que “esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. Por fim, no parágrafo terceiro, a orientação expressa que os imóveis públicos não podem ser usucapidos.

Além dos artigos acima citados, a Constituição prevê nos incisos XXII e XXIII, do artigo 5.º, a garantia da propriedade privada e o seu condicionamento ao cumprimento de sua função social, o que é repetido nos incisos II e III, do artigo 170, e no inciso LXXIII, prevê um precioso instrumento processual, aplicável na defesa do Direito Urbanístico, ao dispor que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular, que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

O artigo 6.º, ao especificar os direitos sociais, arrola expressamente a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer e a segurança, entre outros, que possuem relação direta com as funções da cidade e, por consequência, do parcelamento do solo urbano. As leis que dispõem acerca dos requisitos para a aprovação dos projetos de loteamento, necessariamente devem levar em consideração os direitos sociais, sob pena de inviabilizar a concreção deles.

Nos incisos X e XX, do artigo 21, a Constituição prevê que compete à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, e também instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Nos artigos 22 e 23 há previsão de competências legislativas que podem repercutir no âmbito do parcelamento do solo urbano. O

artigo 22, inciso II, prevê expressamente a competência privativa⁶ da União para legislar sobre desapropriação e, no artigo 23, há previsão de competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com possibilidade de repercussão no âmbito do parcelamento do solo urbano, onde se destacam os incisos I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

No artigo 24, da Constituição Federal, há previsão expressa acerca de competências legislativas concorrentes entre a União, Estados e o Distrito Federal nas quais se destacam vários incisos, cujas matérias também podem repercutir no âmbito do parcelamento do solo urbano: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico e o inciso VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O artigo 30, que trata das competências dos municípios, prevê expressamente, em seu inciso VIII, ser de competência do município a promoção, no que couber, do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. No capítulo do Poder Legislativo, há previsão no inciso IV, artigo 48, ser de competência do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento, os quais podem repercutir, por meio da previsão de políticas públicas, no âmbito da temática, parcelamento do solo urbano.

No capítulo das Funções Essenciais à Justiça, em especial no inciso III, artigo 129, há previsão expressa de que uma das funções institucionais do Ministério Público é a promoção do inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Os interesses dos adquirentes de lotes de loteamentos irregulares, ou clandestinos, podem ser defendidos por meio desses instrumentos.

No capítulo relativo à tributação e ao orçamento, destacam-se os artigos 145 e 156. O primeiro, em seu inciso III, prevê que os entes políticos podem instituir contribuições de melhoria, decorrente de obras públicas; e o segundo em seu inciso I, prevê que os Municípios podem instituir impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana e, no parágrafo primeiro, que, sem prejuízo da progressividade, no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I – ser progressivo em razão ao valor do imóvel; II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

O artigo 225, que prevê o direito público subjetivo de todos os cidadãos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tem repercussão direta e imediata sobre o parcelamento do solo

⁶ Por meio de Lei complementar, a União poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas, relacionadas às matérias previstas no artigo 21. Por essa razão, competência privativa não se confunde com competência exclusiva.

urbano. Todo parcelamento de solo urbano, por menor que seja, potencializa degradação ambiental, razão pela qual, precisa passar pela análise e licenciamento do órgão ambiental competente. O parágrafo segundo do artigo 227 e o artigo 244, ambos da Constituição, preveem que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios, de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Do exposto, percebe-se que a Constituição Federal é permeada de artigos e incisos que tratam de aspectos importantes que repercutem no ambiente urbano, o que, por consequência, acaba repercutindo no parcelamento do solo urbano. Todos esses preceitos constitucionais, de uma forma ou outra, aparecem na legislação, que compreende o Direito Urbanístico positivo, distribuído entre os entes políticos, de acordo com as competências estipuladas pela própria Constituição, ressaltando que as legislativas são entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo aos municípios a competência executiva da política urbana.

2 AS FORMAS DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E SEUS REQUISITOS URBANÍSTICOS

Abordar-se-á, ainda que brevemente, as duas principais formas de parcelamento do solo urbano, referidas na Lei 6.766/79: o loteamento e o desmembramento, e os requisitos urbanísticos, que devem ser observados para a constituição do parcelamento do solo urbano, de acordo com o ordenamento jurídico positivo. O artigo 2º, da citada Lei, prevê, expressamente, que o parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições dessa Lei. Deve respeitar, também, as das legislações estaduais e municipais pertinentes; que no parágrafo primeiro, define o loteamento como a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes e, no parágrafo segundo, define o desmembramento como a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

Resumidamente, pode-se afirmar que se trata de loteamento, sempre que a gleba de terra a ser parcelada, para fins urbanísticos, não é dotada de infraestrutura urbana⁷, embora localizada na zona urbana ou de expansão urbana, assim definida por lei municipal⁸. Portanto, se trata de loteamento quando a gleba⁹ de terra ainda não sofreu a divisão geodésica em lotes¹⁰, não é dotada de arruamento e outros logradouros públicos, assim como equipamentos urbanos¹¹ e comunitários¹², e não incide o regime jurídico urbanístico. A modalidade de desmembramento é empregada quando a gleba de terra já contempla infraestrutura urbana, como arruamento,

⁷ Artigo 2º, § 5º, da Lei 6.766/79: A infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar, e vias de circulação.

⁸ Art. 3º, da Lei 6.766/79: Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.

⁹ "Em outras palavras, entende-se por gleba a área de terreno que ainda não foi objeto de parcelamento urbano regular, isto é, aprovado e registrado". AMADEI, Vicente Celeste ; AMADEI, Vicente de Abreu Celeste. *Como lotear uma gleba*. 2. ed. Campinas/SP: Millennium, 2002. p. 2

¹⁰ Artigo 2º, § 4º, da Lei 6.766/79: Considera-se lote o terreno servido de infraestrutura básica, cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos, pelo plano diretor ou lei municipal, para a zona em que se situe.

¹¹ Artigo 5º, parágrafo único, da Lei 6.766/79: Consideram-se urbanos os equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado.

¹² Artigo 4º, § 2º, da Lei 6.766/79: Consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares.

logradouros públicos, equipamentos urbanos e comunitários sem, contudo, estar dividida geodesicamente em lotes e sem a incidência do regime jurídico urbanístico.

Para a implantação do parcelamento do solo urbano, impõe-se a observância dos requisitos urbanísticos, definidos pelo ordenamento jurídico positivo. O artigo 4.^o¹³, da Lei 6.766/79 estabelece os requisitos urbanísticos mínimos, o que não impede aos Estados, em face de sua competência concorrente, e aos Municípios¹⁴, em face de sua competência residual, estabelecer ainda outros requisitos.

Os projetos de loteamento e desmembramento precisam ser aprovados pelos órgãos públicos competentes, basicamente, em duas searas: a urbanística¹⁵ e a ambiental, sem prejuízo de outras, quando a legislação assim exigir, para efeitos de implantação e publicização no âmbito do Registro de Imóveis.

Para que o loteador possa alterar a situação fática da gleba, com a implantação do loteamento, é necessário que o projeto de loteamento esteja aprovado pelos órgãos competentes, sob pena de agir irregularmente, e sujeitar-se às cominações legais, inclusive, penais. Após a aprovação de todos os órgãos públicos competentes e a implantação fática do parcelamento do solo, a documentação exigida pela legislação¹⁶ deverá ser levada ao Registro de Imóveis para a publicização registral do parcelamento. Somente a partir do registro do loteamento ou

¹³ Art. 4.^o - Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: I - as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação, prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem. II - os lotes terão área mínima de 125 m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando a legislação estadual ou municipal determinar maiores exigências, ou quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes; III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica; IV - as vias de loteamento deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local.

¹⁴ Artigo 4.^o, § 1.^o, da Lei 6.766/79: A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento.

¹⁵ Art. 12, da Lei 6.766/79: O projeto de loteamento e desmembramento deverá ser aprovado pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, a quem compete também a fixação das diretrizes a que aludem os artigos 6.^o e 7.^o desta Lei, salvo a exceção prevista no artigo seguinte. Parágrafo único. O projeto aprovado deverá ser executado no prazo constante do cronograma de execução, sob pena de caducidade da aprovação.

¹⁶ Art. 18, da Lei 6.766/79: Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao Registro Imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos: 1) título de propriedade do imóvel ou certidão da matrícula, ressalvado o disposto nos §§ 4.^o e 5.^o; 2) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 (vinte) anos, acompanhado dos respectivos comprovantes; 3) certidões negativas: a) de tributos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o imóvel; b) de ações reais referentes ao imóvel, pelo período de 10 (dez) anos; c) de ações penais com respeito ao crime contra o patrimônio e contra a Administração Pública; 4)

certidões: a) dos Cartórios de Protestos de Títulos, em nome do loteador, pelo período de 10 (dez) anos; b) de ações pessoais relativas ao loteador, pelo período de 10 (dez) anos; c) de ônus reais relativos ao imóvel; d) de ações penais contra o loteador, pelo período de 10 (dez) anos; 5) cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da, aprovação de um cronograma, com a duração máxima de quatro anos, acompanhado de competente instrumento de garantia para a execução das obras; 6) exemplar do contrato-padrão de promessa de venda, ou de cessão ou de promessa de cessão, do qual constarão obrigatoriamente as indicações previstas no art. 26 desta Lei; 7) declaração do cônjuge do requerente de que consente no registro do loteamento.

desmembramento passa a incidir o regime jurídico urbanístico pleno, com a definição e afetação dos espaços públicos, e o nascimento dos lotes.

3 O INTERESSE PÚBLICO E AMBIENTAL FRENTE AO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

Embora os empreendimentos imobiliários, que têm por objeto parcelamento do solo urbano, sejam predominantemente privados, inegavelmente, o interesse público e ambiental estão presentes. Parcelar o solo urbano, para fins urbanísticos, caracteriza atividade vinculada a preceitos de ordem pública, portanto, cogentes e indisponíveis.

A atividade urbanística, como já foi visto anteriormente, tem por finalidade organizar o espaço urbano, habitável, por excelência, lugar de reprodução da vida, por isso, a Constituição Federal exige que seja digna. A atividade urbanística é função pública, logo, a presença do interesse público é inevitável e inafastável. É o interesse público, de certa forma, que dá a moldagem ao espaço urbano, que tem como base inicial o parcelamento do solo urbano.

O Estatuto da Cidade, instituído por força da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, aduz no parágrafo único, do artigo primeiro: para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social, que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, o que evidencia, de forma clara, o tratamento que o ordenamento jurídico atribui ao uso e ocupação do solo urbano. No artigo segundo consta que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante diretrizes gerais, destacando-se aqui o inciso II – a garantia do direito às cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. O urbanismo, portanto, é função pública porque se caracteriza pela intervenção do Estado no exercício de uma atividade que constitucionalmente pode ser executada pela iniciativa privada, mas sujeita a condicionamentos de sorte a satisfazer os princípios e objetivos fundamentais, inscritos nos artigos 1º e 3º, da Constituição Federal.

As ações marginais às intervenções do Estado ou as ações em desacordo com os condicionamentos impostos pela legislação ou pela atuação interventiva do Estado, no exercício da função ordenadora, ou de polícia, podem sujeitar os autores às cominações legais no âmbito penal, administrativo e civil. O fundamento da intervenção punitiva, do Estado, reside justamente na perspectiva de que todo aquele que tem conduta, em desconformidade com os preceitos legais, administrativos e os atos administrativos que autorizam a execução de atividades materiais relativos ao parcelamento do solo urbano, seja punido, porque afronta a ordem jurídica, tutelada pelo Estado. Também o cuidado com meio ambiente, direito público subjetivo e difuso, previsto no artigo 225, da Constituição Federal, contribui decisivamente para a formatação dos espaços urbanos, construídos a partir da implantação de loteamentos ou desmembramentos, à medida que preceitos jurídicos impõem limitações administrativas e obrigações de fazer aos empreendedores e aos proprietários dos lotes.

De certa forma, o Direito Urbanístico tutela o Direito Ambiental porque, ao disciplinar a organização dos espaços habitáveis, ele promove, indiretamente, a proteção do meio ambiente.¹⁷ Há uma interação importante entre esses dois ramos do Direito, porque o Direito Urbanístico, ao estabelecer a formatação fática e jurídica dos espaços urbanos habitáveis, impõe aos executores de atividades modificativas do território a observância dos preceitos de natureza ambiental.

¹⁷ SALAZAR JR, João Roberto. O Direito Urbanístico e a tutela do meio ambiente urbano. In: DALLARI, Adilson Abreu ; DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 169

É no momento do parcelamento do solo urbano que se estabelecem as bases materiais para um ambiente sustentável, capaz de permitir a reprodução da vida, de forma digna. O tamanho dos lotes, as vias de circulação, as áreas públicas destinadas a equipamentos urbanos e comunitários, a preservação dos mananciais hídricos e as demais áreas de preservação permanente, assim como as faixas não edificáveis e outras limitações administrativas dão o formato para o uso e a ocupação do solo urbano.

A não observância dos preceitos que regulam e ordenam o uso e a ocupação do solo urbano, especialmente, no que diz respeito ao parcelamento do solo urbano, assim como dos preceitos que regulam a negociação dos lotes, poderá ensejar responsabilidade administrativa, civil e penal. Essa última, especialmente quando a conduta for tipificada como crime.

4 DAS INFRAÇÕES PENAIS RELACIONADAS À ATIVIDADE DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO E AS PENAS PREVISTAS

Como já foi visto, o parcelamento do solo urbano, embora seja atividade executada predominantemente por meio da iniciativa privada, se sujeita aos ditames de preceitos de ordem pública, portanto indisponíveis, em face do interesse público decorrente da importância que o ordenamento jurídico dá ao uso e ocupação do solo urbano.

É no espaço urbano, que nos últimos anos, a reprodução da vida se deu com mais intensidade, fruto da Revolução industrial, que se caracterizou pelo deslocamento das pessoas do campo para a cidade, onde passaram a morar e trabalhar, com base numa nova racionalidade de organização do território, diferente daquela existente no campo. Diante deste contexto, o ordenamento jurídico, além de disciplinar o uso e a ocupação do solo urbano, por meio do Direito Urbanístico positivo, também disciplinou a conduta dos empreendedores imobiliários e todos aqueles que se equiparam como tal, criando tipos penais, com a finalidade de inibir ações que possam ferir o interesse público tutelado pelo Estado, na execução do parcelamento do solo urbano.

A despeito da equiparação do loteador ao incorporador, por força do Decreto-lei n.º 271, de 28 de fevereiro de 1967¹⁸ e, por consequência, sujeitá-lo às sanções previstas nos artigos 65 e 66, da Lei federal n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1965, os efeitos práticos deixaram a desejar, porque, a rigor, o artigo 65 tipifica condutas criminais contra a economia popular e o artigo 66 tipifica contravenções penais relativas à economia popular, quando o parcelamento do solo urbano se insere num contexto de interesse público, tutelado pelo Estado, porque são as condicionantes estatais que estão sendo desrespeitadas, e não apenas relações jurídicas de direito privado. Nesse sentido, convém transcrever a lição de Caseiro:¹⁹

Não se precisaria ser um jurisperito para chegar-se logo à conclusão que a redação legal da definição desse crime apresenta defeitos insuperáveis. Sobretudo não se atina bem porque esse crime é rotulado de “crime contra a economia popular”, quando a conduta reprovável nele descrita se endereça ao desrespeito direto às determinações da administração pública.

O Código Penal também não apresenta nenhum tipo penal capaz de permitir o enquadramento de loteador que não age de acordo com os preceitos legais, ordenadores do uso e ocupação do solo urbano. Com o advento da Lei federal n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, é que foram tipificadas condutas como crime. Por uma questão metodológica serão

¹⁸ Art 3º Aplica-se aos loteamentos a Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infraestrutura à construção da edificação.

¹⁹ CASEIRO, Luciano. *Loteamentos clandestinos*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1979. p.32

comentados cada caput, inciso e parágrafo, dos artigos 50, 51 e 52 da Lei federal n.º 6.766/79, procurando, dessa forma, esclarecer cada um deles e, quando for o caso, fazer a conexão entre eles.

4.1 Artigo 50 : Constitui crime contra a administração pública

Trata-se, portanto, de tipificação de conduta que ofende a bens ou interesses jurídicos públicos à atividade administrativa do Estado, que não é produzida por servidor público, mas por um empreendedor privado que atua no parcelamento do solo urbano, com exceção do registrador público de imóveis, o qual é considerado servidor público *lato sensu*. Foge, portanto, a regra do artigo 327,²⁰ do Código Penal.

O interesse, juridicamente, protegido é a função ordenadora do Poder Público que tem o dever/poder de agir na organização do espaço urbano habitável, procurando contemplar todos os elementos necessários para uma vida digna, o que é feito por meio do exercício da função tradicionalmente chamada de polícia. Protege, portanto, o exercício regular do Direito que tutela o interesse da sociedade como um todo.

A atuação do Estado, na ordenação do espaço urbano, se caracteriza pelos condicionamentos impostos que, a rigor, visam a compatibilizar o interesse privado – do empreendedor – com o interesse público, que é o da sociedade, e se materializa por meio de atos administrativos, predominantemente vinculados e excepcionalmente discricionários, que a Lei em comento, ora denomina como autorização, ora como licença.

4.1.1 I - Dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios.

Antes, porém, de comentar o inciso recorda-se, brevemente, que o parcelamento do solo urbano pode ser material ou jurídico. É material quando a gleba sofre alterações físicas como, por exemplo: implantação ou alteração do sistema viário, terraplenagem, delimitação das quadras e dos lotes, identificação das áreas públicas, reservadas para os equipamentos urbanos e comunitários, das áreas verdes, das obras de infraestrutura hídrica, elétrica, telefônica, etc. O parcelamento jurídico ocorre com a aprovação do projeto, pelos órgãos competentes e a publicidade registral, no Registro de Imóveis com o registro do loteamento ou desmembramento e a conseqüente abertura das matrículas para os lotes.

O loteamento, ou desmembramento jurídico, tem como pressuposto o loteamento ou desmembramento material. Contudo, o parcelamento material é que deve ter sido executado de acordo com os atos emanados do Poder Público e os preceitos legais. A falta de aprovação dos órgãos competentes para licenciar a atividade de execução de parcelamento de solo urbano, assim como a execução em desacordo com as disposições legais caracteriza crime.

Entende-se que não é elemento integrante da definição do tipo penal, previsto no inciso I, o negócio jurídico de compra e venda de lote, de promessa de venda, reserva de lote, ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente, assim como a inexistência

²⁰ Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ou omissão fraudulenta de fato relativo ao título, se esse fato não constituir crime mais grave, porque são elementos presentes no parágrafo único, que caracteriza um outro tipo penal, que pode, também, funcionar como qualificadora da pena.

Os tipos penais previstos no inciso I, não admitem a forma tentada, porque quem tenta já está iniciando, “e isto é consumação; de sua vez, iniciar é tentar efetuar, e como não se admite tentativa de tentativa, não é possível o reconhecimento da tentativa de dar início.”²¹ Ficam excluídos, portanto, do tipo penal, atos meramente preparatórios que não caracterizam o início de qualquer operação, relacionada com parcelamento de solo urbano.

Trata-se de norma penal em branco²² porque não descreve, exaustivamente, todos os elementos do fato delituoso, impondo ao aplicador compor o tipo penal, levando em consideração todos os outros elementos necessários para o enquadramento penal de todas as condutas contrárias às prescrições legais da Lei federal n. 6.766/79, e das “normas pertinentes” dos demais entes políticos. Entende-se por normas pertinentes todas as leis e atos administrativos normativos, que dispõem acerca da regulamentação do parcelamento do solo urbano, de natureza urbanística e ambiental. Como já foi visto, o parcelamento do solo urbano não requer apenas aprovação do projeto no plano urbanístico, mas também no plano ambiental, o que amplia consideravelmente a incidência do tipo penal.

Sabe-se que as competências urbanísticas estão distribuídas em todas as esferas políticas, assim como as de natureza ambiental. Por essa razão, além da aprovação do projeto pelos órgãos públicos, que a legislação impõe, é necessário que ele esteja em consonância com os preceitos urbanísticos e ambientais, relativos ao parcelamento do solo urbano.

O sujeito ativo da conduta criminal prevista no inciso I pode ser qualquer pessoa, proprietária ou não, mas que dá início, de qualquer modo, ou efetua loteamento ou desmembramento do solo, para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente ou em desacordo com as disposições da Lei 6.766/79, ou das normas pertinentes dos demais entes federados. Ficam excluídos deste tipo penal os servidores públicos que, no exercício da função pública, apresentem conduta compatível com a prescrição do inciso I.

O sujeito passivo principal é sempre o Estado, que pode compreender todas as esferas federal, estadual, distrital e municipal, desde que titular do direito violado pela conduta do sujeito ativo que se caracteriza pelo descumprimento de preceito legal que impunha prévio licenciamento ou, ainda, quando em desacordo com os preceitos legais pertinentes ao parcelamento do solo urbano.

Admite-se, contudo, que particulares também possam sofrer lesão, em face da conduta ilícita do loteador, razão pela qual, uma das condições para o registro do parcelamento do solo urbano, no Registro de Imóveis, é a publicação do edital de loteamento, tornando pública a intenção de juridicizar o parcelamento, de sorte que os particulares possam tomar conhecimento e, se for o caso, impugná-lo no prazo legal.

²¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/1053>

²² Normas penais em branco, em sentido lato: são aquelas cujo complemento se dá em outra Lei, ou seja, em outra norma emanada da mesma fonte formal da norma penal incriminadora. JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.22

Nos fatos delituosos tipificados no inciso I, o dolo é genérico, porque a vontade do autor é a de realizar fato descrito na norma penal incriminadora, independentemente, do resultado final. Ele tem consciência e livremente executa a ação, mesmo conhecendo sua antijuricidade. Ele pode não saber exatamente o conteúdo da lei, mas ele sabe que sua conduta está em desconformidade com aquilo que é considerado certo, no plano jurídico.

Os fatos delituosos, prescritos no inciso I, são de consumação instantânea²³ e não continuada, embora os efeitos possam ser contínuos ou permanentes²⁴. Basta dar início à execução do parcelamento do solo urbano, que o crime está configurado. Ultrapassadas as fases da cogitação e preparação, iniciando a execução, ocorre a incidência da norma penal.

O foro competente para a propositura da ação penal segue o disposto no artigo 69 e seguintes, do Código de Processo Penal, porque o disposto no artigo 48 da Lei 6.766/79, se aplica tão somente para os procedimentos previstos nesta Lei, o que afasta a esfera penal, considerando que ela não dispõe sobre procedimento judicial penal. O inciso primeiro tipifica duas condutas como crime: a) – dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo, para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente; b) - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios.

A primeira conduta se caracteriza com a execução de qualquer atividade material de parcelamento de solo urbano, sem que os órgãos públicos competentes tenham expedido os atos administrativos autorizativos, via de regra, licenças. Como já foi visto, o projeto de loteamento, para ser levado à execução, precisa estar previamente aprovado pelos órgãos públicos competentes, em especial os urbanísticos e ambientais, quando a legislação não exigir outros. Entende-se que não basta apenas a aprovação do projeto de loteamento no aspecto urbanístico, mas também no ambiental, diante da estreita relação entre a urbanização e o meio ambiente.

A segunda conduta caracteriza-se pela execução de qualquer atividade material de parcelamento do solo urbano, em desacordo com as disposições da Lei 6.766/79, ou de outras normas pertinentes à temática de origem estadual, distrital e municipal. Ou seja, mesmo tendo aprovado o projeto, mas se a execução está em desacordo com os preceitos da ordem jurídica, enquadráveis nessa norma penal em aberto, o parcelador está sujeito às regras da lei penal.

²³ Código Penal: Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

²⁴ PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO (LEI Nº 6.766/79). CRIME INSTANTÂNEO COM EFEITOS PERMANENTES. PRESCRIÇÃO RETROATIVA.

O delito previsto no art. 50, da Lei nº 6.766/79, é instantâneo de efeitos permanentes. O prazo prescricional, portanto, tem início na data em que se consumou e não da cessação dos seus desdobramentos.

Recurso provido." (REsp 566.076/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04.12.2003, DJ 19.12.2003 p. 617)

"RHC - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PRESCRIÇÃO - LOTEAMENTO IRREGULAR - INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. - NA PRÁTICA DO DELITO DE LOTEAMENTO IRREGULAR, POR TRATAR-SE DE CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES, O INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL SE DÁ COM A CONSUMAÇÃO DO DESMEMBRAMENTO DO TERRENO. - PRECEDENTES DO STF.

- RECURSO PROVIDO." (RHC 6.754/SP, Rel. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 11.11.1997, DJ 19.12.1997 p. 67521) No Supremo Tribunal Federal, a compreensão acerca do tema é idêntica: "Loteamento irregular: crime instantâneo de efeitos permanentes e não crime permanente, segundo jurisprudência predominante do Supremo Tribunal (HC 71.259, RT 162/561 e HC 74.757, DJ de 7-11-97). Consequente decretação da extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva" (STF, HC 76501-1/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU de 13/11/98). Assim, é de ver-se que, em se tratando de crime que aperfeiçoa-se de maneira instantânea, o prazo prescricional é contado à partir da sua consumação.

De acordo com o artigo 2.º, da Lei 6.766, o parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições dessa Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes. Admite-se, portanto, outras modalidades de parcelamento como, por exemplo: o fracionamento, o desdobro e a instituição de condomínio de lotes, desde que contemplados e definidos em legislação municipal.

O parcelador do solo urbano, que se valer de outras modalidades, que não o loteamento e o desmembramento, está sujeito a incidência do inciso I, do artigo 50, da Lei 6.766/79? Diante da abertura que a norma penal em branco dá, com a finalidade de punir quem parcela o solo urbano, sem autorização do Estado ou em desacordo com os preceitos que regem a organização do espaço habitável, entende-se que sim.

A respeito da existência ou não do concurso material de crimes entre os tipificados no caput do artigo 50 e o prescrito no inciso I, do parágrafo único, do mesmo artigo 50, existem duas posições. Uma no sentido de que não existe concurso porque a prescrição do inciso I, do parágrafo único, é tão somente formas qualificadas em relação ao caput²⁵; e outra, no sentido de que existe a possibilidade do concurso pelo fato de que “as figuras típicas previstas no “caput” são independentes e possuem dolo distinto daquela prevista no parágrafo único, inciso I, do artigo 50”.²⁶

4.1.2 II - Dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença

Enquadra-se, nesse tipo penal, todo aquele que dá início ou efetua parcelamento de solo urbano, com o projeto aprovado e devidamente licenciado pelos órgãos públicos, mas a execução se dá em desconformidade com as condicionantes estabelecidas no ato administrativo autorizativo. A rigor, qualquer execução de parcelamento de solo urbano, em desconformidade com qualquer das licenças ou autorizações expedidas pelo Poder Público, orientando a execução do parcelamento do solo urbano, além da cassação do ato, no âmbito da Administração Pública, pode acarretar a penalização criminal. Além disso, o artigo 40, da Lei 6.766/79 admite a intervenção municipal ou distrital, no sentido de regularizar o parcelamento, se o loteador agiu sem a prévia aprovação, ou executou sem a observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos adquirentes dos lotes.

Assim como as condutas tipificadas no inciso I, essa também não admite a tentativa, portanto, é de consumação instantânea. Contudo, se o parcelador fizer a adequação antes do oferecimento da denúncia, poderá ficar livre da sanção penal, mas estará sujeito às sanções de

²⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/1053>

²⁶ OLIVEIRA, Gustavo burgos de. Breves anotações aos crimes previstos na Lei do Parcelamento do solo urbano. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/doutrina/id458.htm>

natureza administrativa, exegese com amparo no artigo 38²⁷, e parágrafos da Lei 6.766/79. Da mesma forma que nas condutas tipificadas no inciso I, o dolo também é genérico, o sujeito passivo principal é o Estado, embora particulares também possam figurar como sujeitos passivos secundários e o sujeito ativo é todo aquele que inicia ou efetua parcelamento de solo urbano, em desacordo com os atos administrativos autorizativos.

4.1.3 III - Fazer, ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo

Este inciso tipifica várias condutas como crime, e que se diferenciam das hipóteses previstas nos incisos I e II. Naqueles, a conduta está relacionada com a execução material de parcelamento de solo urbano. Aqui, a conduta está relacionada à atividade intelectual, de induzir em erro, as pessoas de boa-fé. Tratam-se, portanto, de hipóteses de crimes de falsidade ideológica.

O sujeito ativo pode ser tanto aquele que faz a proposta, contrata, elabora material de publicidade, como aquele que faz apenas a divulgação, difundindo a mensagem enganosa. O que caracteriza o tipo penal é a falsa ideia, repassada a terceiros, de que o parcelamento do solo urbano está regular do ponto de vista jurídico, seja no âmbito dos órgãos públicos, que avaliam a legalidade do projeto, assim como a publicidade no Registro de Imóveis. De acordo com Ruy Rosado de Aguiar Júnior, cometerá crime quem afirmar falsamente, por exemplo:

- a) a obtenção da anuência prévia do estado ou da autoridade metropolitana ou de outros órgãos ou entidades, quando indispensáveis à aprovação do projeto;
- b) a existência de licença fornecida pelo município ou pelo Distrito Federal;
- c) a efetivação do registro imobiliário;
- d) a inexistência de impugnação ao pedido de registro ou de notificação à execução irregular do loteamento ou desmembramento.

Trata-se de crime formal, que se consuma com a afirmação falsa, independentemente do resultado concreto de alguém ter sido enganado e, por decorrência, a Administração Pública tenha sofrido prejuízo. “Trata-se de crime de perigo presumido, entendendo a lei que a falsidade põe em risco o interesse da administração, por afetar o seu poder de polícia urbanística”.²⁸

²⁷ Art. 38 - Verificado que o loteamento ou desmembramento não se acha registrado ou regularmente executado, ou notificado pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal, quando for o caso, deverá o adquirente do lote suspender o pagamento das prestações restantes e notificar o loteador para suprir a falta. § 1º - Ocorrendo a suspensão do pagamento das prestações restantes, na forma do caput desse artigo, o adquirente efetuará o depósito das prestações devidas junto ao Registro de Imóveis competente, que as depositará em estabelecimento de crédito, segundo a ordem prevista no inciso I, do art. 666, do Código de Processo Civil, em conta com incidência de juros e correção monetária, cuja movimentação dependerá de prévia autorização judicial. § 2º - A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal, quando for o caso, ou o Ministério Público, poderá promover a notificação ao loteador, prevista no caput deste artigo. § 3º - Regularizado o loteamento pelo loteador, esse promoverá, judicialmente, a autorização para levantar as prestações depositadas, com os acréscimos de correção monetária e juros, sendo necessária a citação da Prefeitura, ou do Distrito Federal, quando for o caso, para integrar o processo judicial aqui previsto, bem como audiência do Ministério Público. § 4º - Após o reconhecimento judicial de regularidade do loteamento, o loteador notificará os adquirentes dos lotes, por intermédio do Registro de Imóveis competente, para que passem a pagar diretamente as prestações restantes, a contar da data da notificação. § 5º - No caso de o loteador deixar de atender à notificação até o vencimento do prazo contratual, ou quando o loteamento ou desmembramento for regularizado pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal, quando for o caso, nos termos do art. 40, dessa Lei, o loteador não poderá, a qualquer título, exigir o recebimento das prestações depositadas.

²⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/1053>

Diferentemente dos tipos previstos nos incisos I e II, nesse se admite a forma tentada, desde que a forma não seja verbal. Atos preparatórios para difundir a mensagem enganosa podem caracterizar crime na modalidade tentada como, por exemplo: elaboração de documentos, impressão de folders, de propostas que a despeito de não chegarem ao conhecimento do público, intelectualmente, havia esse objetivo.

Todas essas condutas, prescritas no inciso III, são enquadradas no dolo genérico, porque a vontade do autor – loteador, corretor, publicitário ou qualquer outra pessoa – é a de realizar a difusão, a propagação da afirmação falsa, independentemente, do resultado final. Ou seja, não tem importância para a consumação do delito, o efetivo induzimento em erro de alguém.

O rol de condutas, descritas no inciso III, além de não ser exaustiva, admite também a modalidade de falsidade por omissão que, de acordo com Heleno Claudio Fragoso, “é a abstenção de atividade que o agente podia e devia realizar. Omissão, em consequência, não é mero não fazer, mas sim, não fazer algo que, nas circunstâncias, era ao agente imposto pelo direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização.”²⁹ O que caracteriza o crime por omissão é a vontade consciente de omitir algo importante, acerca da juridicidade do parcelamento do solo, para induzir o interessado na aquisição do lote em erro, fazendo-o acreditar que se trata de um loteamento ou desmembramento de acordo com os preceitos legais e as condicionantes estipuladas pelo Poder Público. “O fato há de se referir ao loteamento ou ao desmembramento e não apenas ao processo de legalização”.³⁰

As penas, cumulativamente cominadas aos crimes tipificados nos incisos I, II e III, são de reclusão e multa. Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo, vigente no País.

4.1.4 Parágrafo único. O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido:

I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente;

II - com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ressalvado o disposto no art. 18, §§ 4º e 5º, desta Lei, ou com omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se o fato não constituir crime mais grave.

De acordo com a redação do parágrafo único, o conteúdo de seus incisos pode levar ao entendimento de que trata apenas de hipóteses qualificadoras, que aumentam a pena. Por isso, para quem entende não haver concurso material de crimes, as qualificadoras funcionam como acessórios que repercutem apenas na aplicação da pena, mas para quem entende que há concurso de crimes, entre o caput do artigo 50 e o inciso I, do parágrafo único, caracteriza outra conduta delituosa.

A rigor, é possível alguém vender, prometer vender, reservar lote ou firmar qualquer outro documento com manifesta intenção de vender lotes, sem executar nenhuma atividade material, que altere fisicamente a gleba e sem registro de parcelamento no Registro de Imóveis, consoante previsão no inciso I, o que não é incomum e, por vezes, com a concordância do comprador, que

²⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1976. p. 248

³⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/1053>

paga um preço menor pelo lote, entendendo isso como algo favorável. Se isso é possível, estamos diante da possibilidade de uma conduta totalmente independente daquelas prescritas nos incisos I e II do caput do artigo 50, o que leva à conclusão de que, em determinadas situações, quando ainda não foi iniciada ou efetuada qualquer alteração física na gleba, as condutas prescritas no inciso I, do parágrafo único, não funcionam como qualificadora, mas como uma conduta tipificada como crime, apenas com pena maior daquelas previstas nos incisos do caput do artigo 50.

Se não é assim, aquele que vende, promete vender, reserva lote ou firma qualquer outro documento, em que manifesta a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado, no Registro de Imóveis, fica sem punição de natureza penal, o que é inadmissível diante da ordem jurídica, que procura punir penalmente aquele que fere um bem jurídico de tamanha relevância, como é a atividade urbanística estatal.

No que se refere ao inciso II, aí sim estamos diante de uma qualificadora em face das condutas tipificadas no artigo 50 caput, sempre que o loteador não seja o proprietário – entende-se com o direito real de propriedade, constituído em seu favor e devidamente publicizado no Registro de Imóveis – ou omite fato importante relativamente ao título – entende-se o título propriamente dito, mas também fato relacionado ao direito de propriedade como, por exemplo, ônus e gravames que possam impedir a disposição dos lotes, livres e desembaraçados em favor dos adquirentes. Para as hipóteses dos incisos I e II, do parágrafo único, as penas são de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo, vigente no País.

4.2 Artigo 51 - Quem, de qualquer modo, concorra para a prática dos crimes previstos no artigo anterior desta Lei incide nas penas a estes cominadas, considerados em especial os atos praticados na qualidade de mandatário de loteador, diretor ou gerente de sociedade

Trata-se de hipótese de concurso de agentes ou coautoria, quando várias pessoas concorrem para a realização de uma infração penal, já previsto no artigo 29³¹, do Código penal. Contudo, o texto legal revela uma preocupação com as pessoas que se escondem, sob uma sigla social ou um mandato como, por vezes, ocorre com sócios, mandatários, diretores ou gerentes de pessoas jurídicas. Como o nosso ordenamento jurídico não permite a responsabilização penal de pessoas jurídicas, é possível a despersonalização da pessoa jurídica, sob a qual se esconde o verdadeiro interessado em burlar a lei do parcelamento do solo urbano, e assim alcançá-lo para os efeitos penais.

4.3 Artigo 52 - Registrar loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes, registrar o compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos, ou efetuar registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado

A publicidade registral do loteamento é de competência do registrador público, que tem sob sua jurisdição imobiliária a gleba a ser loteada ou desmembrada. Na hipótese da gleba integrar duas ou mais circunscrições³² imobiliárias, o registro deve ser feito em todas elas, com a abertura das matrículas somente dos lotes localizados em cada circunscrição.

³¹ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a esse cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena desse; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

³² Entende-se por circunscrição imobiliária, o espaço geográfico, definido por lei estadual, sobre o qual o registrador exerce sua jurisdição.

Antes de analisar o disposto no artigo em comento, impõe-se alguns esclarecimentos prévios, acerca do regime jurídico do serviço de registro de imóveis. A partir da vigência da Constituição de 1988, instaurou-se uma nova ordem à respeito dos serviços notariais e de registros públicos, em face de disposição expressa de que esses serviços são executados por delegados. O artigo 236, da Constituição federal, foi regulamentado pela Lei federal n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o estatuto do notário e do registrador público das pessoas naturais, das pessoas jurídicas, de títulos e documentos e de registro de imóveis. Os serviços de registros públicos têm por finalidade prevenir conflitos e dar segurança jurídica, em face dos atos e fatos da vida civil. São serviços voltados diretamente ao cidadão, por meio de instituições³³ denominadas de instituições da comunidade³⁴, que podem ser consideradas como parcelas do Estado.

O Supremo Tribunal Federal³⁵ também já concluiu que os registradores públicos são órgãos da fé pública, instituídos pelo Estado e executam, nesse contexto, atividade eminentemente pública, carregada de estatalidade, qualificando-os como agentes públicos.

A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada “em caráter privado”, por delegação do poder público” (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas “a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos” (Lei n. 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos

O registrador público é pessoa natural que, por força de delegação, executa função pública. Embora o Estado atue por meio de um delegatário, a imputação do ato executado é em face do Estado e não daquele que executou, nos mesmos moldes do ato executado pelo servidor público, titular de cargo público, razão pela qual, o registrador público de imóveis não faz as vezes do Estado, mas e o próprio Estado, no exercício da função.

Uma das atribuições do Registro de Imóveis é justamente o registro do loteamento³⁶ ou desmembramento, para efeitos de segurança jurídica, não apenas dos adquirentes dos lotes, que poderão registrar os títulos aquisitivos e, por consequência, constituir o direito de propriedade em seu favor, mas da sociedade como um todo, que tem a pressuposição a seu favor de que o parcelamento de solo urbano está em consonância com o ordenamento jurídico. O registro do loteamento e desmembramento somente pode ser deferido pelo registrador, desde que atendidas todas as exigências legais, inclusive acerca da qualidade de determinados documentos. Os

³³ O termo “instituição” tem como núcleo conceitual o agrupamento estruturado e estável de indivíduos, grupos sociais e/ou conjuntos normativos e valorativos, com o escopo de realizar determinados fins. CUNHA, Paulo Ferreira de; DIP, Ricardo. *Propedêutica Jurídica: uma perspectiva jusnaturalista*. Campinas/SP: Millenium, 201. p. 261

³⁴ ERPEN, Décio Antonio. Da responsabilidade civil e do limite de idade para aposentadoria compulsória dos notários e registradores. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a.22, n.47, p. 103-4, 1999.

³⁵ STF – ADIN 1.378-5 – Espírito Santo - Rel. Min. Celso de Mello – DJ 30.05.1997.

³⁶ Art. 167, I, alínea 19: No Registro de Imóveis, além da matrícula, será feito o registro dos loteamentos urbanos e rurais.

documentos que deverão ser apresentados ao Oficial do Registro de Imóveis estão basicamente arrolados no artigo 18³⁷, da Lei federal n. 6.766/79.

Recebidos os documentos e devidamente protocolado o requerimento, compete ao registrador fazer a qualificação da documentação, ou seja, verificar se ela apresenta qualidade suficiente e necessária para a publicidade registral do loteamento ou desmembramento. Se a documentação estiver de acordo com as exigências legais, far-se-á a publicação do edital de loteamento, em três edições. Ultrapassado o prazo legal de 15, dias contados a partir da última publicação, o Oficial providenciará o registro do loteamento ou a averbação do desmembramento.³⁸

Em havendo impugnação fundamentada, o Oficial intimará o parcelador e a municipalidade ou o Distrito federal³⁹, se for o caso, para que se manifestem sobre ela, no prazo de 5 dias, sob pena de arquivamento. Após o decurso desse prazo, o Oficial remeterá os autos do processo de loteamento ao juiz de direito competente para apreciação. Antes de apreciar, o magistrado dará vistas ao Ministério Público para que se manifeste, no prazo de 5 dias e, em seguida decidirá de plano ou remeterá os interessados às vias ordinárias, se a matéria exigir maior indagação.

Além da análise da documentação, o registrador deverá verificar, se a gleba já está matriculada, devidamente especializada, de sorte a não deixar dúvida acerca de sua configuração geodésica, se existe sintonia entre a planta de parcelamento e o perímetro da gleba, se existe algum óbice à publicidade do loteamento ou desmembramento como, por exemplo, a existência de ações penais de crimes contra o patrimônio e a Administração Pública, outras ações que possam comprometer o imóvel parcelando, eventuais ônus reais ou encargos que gravam a gleba que se transferem para os lotes.

³⁷ Art. 18 - Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao Registro Imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos: 1) título de propriedade do imóvel ou certidão da matrícula, ressalvado o disposto nos §§ 4º e 5º; 2) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 (vinte) anos, acompanhado dos respectivos comprovantes; 3) certidões negativas: a) de tributos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o imóvel; b) de ações reais referentes ao imóvel, pelo período de 10 (dez) anos; c) de ações penais com respeito ao crime contra o patrimônio e contra a Administração Pública; 4) certidões: a) dos Cartórios de Protestos de Títulos, em nome do loteador, pelo período de 10 (dez) anos; b) de ações pessoais relativas ao loteador, pelo período de 10 (dez) anos; c) de ônus reais relativos ao imóvel; d) de ações penais contra o loteador, pelo período de 10 (dez) anos; 5) cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da, aprovação de um cronograma, com a duração máxima de quatro anos, acompanhado de competente instrumento de garantia para a execução das obras; 6) exemplar do contrato-padrão de promessa de venda, ou de cessão ou de promessa de cessão, do qual constarão obrigatoriamente as indicações previstas no art. 26 desta Lei; 7) declaração do cônjuge do requerente de que consente no registro do loteamento.

³⁸ Art. 19 - Examinada a documentação e encontrada em ordem, o oficial do registro de imóveis encaminhará comunicação à Prefeitura e fará publicar, em resumo e com pequeno desenho de localização da área, edital do pedido de registro, em 3 (três) dias consecutivos, podendo esse ser impugnado no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da última publicação.

³⁹ Artigo 19, § 1º - Findo o prazo sem impugnação, será feito imediatamente o registro. Se houver impugnação de terceiros, o oficial do registro de imóveis intimará o requerente e a Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal, quando for o caso, para que sobre ela se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de arquivamento do processo. Com tais manifestações, o processo será enviado ao juiz competente para decisão. § 2º - Ouvido o Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, o juiz decidirá de plano ou após instrução sumária, devendo remeter ao interessado as vias ordinárias, caso a matéria exija maior indagação.

Os atos de aprovação pelos órgãos urbanísticos e ambientais, e outros, se a legislação exigir, também devem ser analisados pelo registrador, no que tange à validade, se existe congruência entre o conteúdo do ato e o projeto de parcelamento. Sem a apresentação dos comprovantes dos atos de aprovação, ou com prazo de validade expirado ou, ainda, incongruentes, em face do projeto de loteamento ensejam a impugnação pelo registrador. Portanto, a atuação do registrador de imóveis está totalmente voltada à segurança jurídica, razão pela qual, por dever de ofício, não poderá publicizar loteamento ou desmembramento, sem que a documentação esteja em consonância com os requisitos estabelecidos pela ordem jurídica.

O legislador, contudo, no âmbito da publicização do loteamento e desmembramento, tipificou como crime apenas a publicização sem a aprovação do projeto pelos órgãos competente. Ou seja, comete crime se registrar loteamento ou averbar desmembramento se não exigir os documentos comprobatórios de aprovação do projeto. O elemento do tipo, portanto, é a aprovação do projeto pelos órgãos competentes.

Além disso, o artigo 52 tipifica, ainda, como conduta delituosa o registro de compromisso de compra e venda, de cessão ou promessa de cessão de direitos ou efetuar publicidade registral de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado. Trata-se de condutas que têm por objeto negócios jurídicos ilícitos, que o registrador não pode dar guarida, sob pena de contrariar o princípio da segurança jurídica. O dolo é genérico, o que requer do oficial a consciência de que sua conduta é delituosa, porque está publicizando o impublicizável, porque fere a ordem jurídica. O crime é próprio, porque somente o registrador, ou preposto que faça as suas vezes, podem ser os sujeitos ativos. É ao mesmo tempo funcional, porque o registrador é considerado agente público, no exercício de função pública; é formal e de perigo presumido.

Admite-se a tentativa dessa conduta delituosa, pois a ação de registrar obedece a um *iter* que se inicia com a prenotação da documentação, passando pela qualificação dos documentos, deferimento ou não da publicidade registral e a escrituração. Se o registrador, ao analisar a documentação verifica que esta não satisfaz as exigências legais, mas, mesmo assim, dá continuidade à ação de registrar, mas antes da escrituração é interrompida por força alheia a sua vontade, caracteriza tentativa. As penas estipuladas pela lei para as condutas tipificadas no artigo 52 são de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

5 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO ÂMBITO DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

Embora o propósito dessas anotações seja a incidência das normas penais, no âmbito do parcelamento do solo urbano, faz-se uma breve referência à Ação Civil Pública, instituída pela Lei federal 7.347, de 24 de julho de 1985, com as alterações introduzidas por leis supervenientes, especialmente a 10.257, de 10 de julho de 2001, que inseriu no rol das ações de responsabilidade, a ordem urbanística.

O Ministério Público passou a dispor de mais um instrumento de intervenção para coibir a ilicitude, nos parcelamentos do solo urbano e forçar a adequação, quando em desacordo. Dessa feita dispõe do inquérito civil e da ação civil pública, no âmbito da seara cível; e o inquérito policial e a ação penal, na seara criminal. Diante disso, o Ministério Público pode se valer do inquérito civil e da ação civil pública para intervir na defesa dos interesses difusos, na ordem urbanística, sobretudo, dos adquirentes e do inquérito policial e da ação penal, para a punição das condutas delituosas, tipificadas como crime.

Como a ação penal tem por finalidade tão somente punir o infrator, por vezes, é mais produtiva a instauração de um inquérito civil, ou ação civil pública, firmar um termo de ajuste e

induzir o parcelador a adequar o loteamento ou desmembramento aos preceitos da ordem jurídica e, apenas, em último caso, quando esse efetivamente se negar a cumprir o acordado, instaurar a ação penal.

6 CONCLUSÕES

O fenômeno da urbanização aprofundou a complexidade na seara urbana das cidades brasileiras que, sem planejamento e estrutura, passaram a receber contingentes populacionais vindas do campo. A ordem jurídica e o aparelhamento administrativo do Estado não estavam preparados para tal demanda. Com a demanda por imóveis, especialmente terrenos, inúmeros loteadores em todo Brasil, atuavam de forma irregular, implantando parcelamentos de solo urbano, em desacordo com as exigências impostas pelos preceitos legais, tirando proveito dessa situação, em detrimento dos adquirentes dos lotes e, sobretudo, do poder Público que, depois, tinha de prover o loteamento de infraestrutura viária, hídrica, elétrica, telefônica, equipamentos urbanos e comunitários, à custa do erário público.

Com o advento da Lei federal n. 6.766/79, foram tipificadas condutas como crimes contra a Administração Pública, em face do interesse público tutelado pelo Estado, que sofre as consequências imediatas quando o parcelamento do solo foi iniciado, ou efetuado em desacordo com os preceitos legais, e os atos administrativos condicionantes do exercício da atividade do parcelador.

A atividade de parcelamento de solo urbano é atividade de natureza econômica, livre à iniciativa privada, mas o seu exercício está condicionado ao atendimento dos requisitos impostos pela ordem jurídica urbanística e ambiental, razão pela qual se diz que a atividade urbanística é função pública. O propósito, portanto, da legislação penal urbanística é punir todo aquele que de, uma forma ou outra, contribui para a efetivação de parcelamento de solo urbano, tanto no plano material com a implantação fática do loteamento ou desmembramento, como no plano jurídico, com a publicidade registral do parcelamento.

REFERÊNCIAS:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Normas penais sobre o parcelamento do solo urbano. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/1053>

AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu Celeste. *Como lotear uma gleba*. 2. ed. Campinas/SP: Millennium, 2002.

CASEIRO, Luciano. *Loteamentos clandestinos*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1979.

COSTA, Lúcio. *Registro de uma vivência*. São Paulo: Empresa da Artes, 1995.

CUNHA, Paulo Ferreira de; DIP, Ricardo. *Propedêutica Jurídica: uma perspectiva jusnaturalista*. Campinas/SP: Millenium, 2001.

ERPEN, Décio Antonio. Da responsabilidade civil e do limite de idade para aposentadoria compulsória dos notários e registradores. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 22, n. 47, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal; Parte Geral*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1976.

OLIVEIRA, Gustavo Burgos de. Breves anotações aos crimes previstos na Lei do Parcelamento do solo Urbano Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/doutrina/id458.htm>

SALAZAR JR, João Roberto. O Direito Urbanístico e a tutela do meio ambiente urbano. In: DALLARI, Adilson Abreu; Di SARNO, Daniela Campos Libório (coordenadores). *Direito Urbanístico e Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

EVASÃO DE DIVISA E AS PERSPECTIVAS NO CAMPO DA TIPICIDADE: O ALCANCE DA EXPRESSÃO “DIVISA”

Paulo Fayet¹

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal Econômico sofre constantemente ampliações e dinamizações a partir de diversos estudos, principalmente, através de estudos direcionados à caracterização tipológica dos delitos fiscais.²

Isso, porque os delitos que antes eram trabalhados frente aos bens jurídicos individuais, agora (num universo de verificação globalizada, inclusive da matéria criminal³), passaram a existir com uma roupagem bem mais abrangente, permissivos à proteção de bens jurídicos difusos, de roupagem coletiva, trazendo, muitas vezes, sérias dificuldades quanto à formalização das figuras ilícito-típicas.

Conforme doutrina estrangeira: “El orden económico es objeto de protección en el Derecho penal económico. Pero hemos sostenido que ese orden económico tiene dos formas de manifestación: una estricta y una amplia. En sentido estricto, el orden económico ha de entenderse como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. En sentido amplio, el orden económico es la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.”⁴

É nesse sentido que “a criminalidade refinada, técnica hábil, se desenvolveu, paralelamente, com o aumento da complexidade da vida moderna, especialmente no campo da economia”⁵. Entretanto, no tocante aos princípios delineadores da norma, existe uma impossibilidade de dissociação entre esse ramo de proteção penal econômico e a regra criminal

¹ Advogado. Doutorando em Direito (Roma/Itália). Mestre em Direito (UNISC). Professor da Escola Superior de Administração, Direito e Economia – Laureate International Universities (ESADE/POA). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal EaD UNISC.

² Ver estudo de TIEDEMANN, Klaus. Técnica legislativa nel diritto penale economico. *Revista Trimestrale di Diritto Penale Dell’Economia*, a.19, n. 1-2, p.1, 2006.

³ Nas palavras de Massimo Donini: “Il termine globalizzazione, com’è noto, è usato nei significati più diversi. L’accezione nella quale preferisco adottare la categoria, in questo scritto, è quella di un fenomeno di diffusione su scala mondiale, non più divisa in blocchi (per es. occidentale/orientale, capitalista/comunista), di scambi, decisioni, mutamenti e modelli economici e d’informazione in rete, di espansione di culture e ideologie ormai ‘deterritorializzate’ che – nell’essenza di un visibile e unitario attore politico a cui imputarne la regia – si sovrappongono alle regioni della politica, le quale rischiano di restare regionali e settoriali. (...) L’esigenza specifica di un diritto della globalizzazione discende evidentemente dell’estensione mondiale del fenomeni regolati, e nel caso del diritto penale, dall’interrelazione sovrastatale dei mercati di taluni tipi di criminalità, rispetto alla quale la risposta tradizionale di tipo nazionalistico appare del tutto inadeguata”. (DONINI, Massimo. Un novo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del Diritto Penale economico. In: FOFFANI, Luigi. *Diritto Penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI Secolo*. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92 compleanno. Milano: Giuffrè, 2006. p. 69.)

⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. p. 17.

⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 4-5.

(comum), seja protetiva de bens individuais ou coletivos,⁶ sob pena de se sustentar a sua inconstitucionalidade.⁷

2 DELITOS ECONÔMICOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL: A NECESSIDADE DE UMA CORRETA TIPIFICAÇÃO

O Direito Penal Econômico, ainda que se utilize de técnicas legislativas que abrem espaço a uma complementação conceitual, como ocorre com as normas penais em branco, não está desvinculado dos princípios fundamentais já consagrados pelo Direito Penal, funcionando como um ramo especializado de imputação criminal. “Não se trata, portanto, de um direito desligado dos compromissos dogmáticos próprios do Direito Penal comum”,⁸ que se cria de maneira especial na legislação penal e se desvincula das normas e princípios fundamentais já existentes, não sendo considerado, pois, como um campo autônomo. É, senão, um ramo especial, inventado por uma necessidade de proteção de certos bens jurídicos (econômicos), mas que não se desliga dos princípios norteadores da norma penal.

Em face disso, merece ser enfrentada a maneira pela qual a norma penal econômica também acompanha um ideal do próprio Direito Penal, na proteção de bens jurídicos, na medida em que se deve, às inteiras, impedir a utilização de técnicas legislativas de abertura e ampliação da norma.⁹

E, à base de toda essa observação, é possível o seguinte aponte: a tarefa de eleger qual a técnica legislativa a ser utilizada, portanto, se mostra essencial para garantir a força de uma norma adequada aos ditames constitucionais, tendo em vista que “o problema da tipicidade nos delitos econômicos aparece, então, em toda a sua complexidade”¹⁰. O legislador deve estar

⁶ Segundo Jorge Figueiredo Dias, “a verdadeira característica do bem jurídico colectivo ou universal reside pois em que ele deve poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse gozo: nessa possibilidade de gozo reside o legítimo interesse na integridade do bem jurídico colectivo. (...) Nesta acepção os bens jurídicos devem gozar, face aos bens jurídicos individuais, de verdadeira autonomia. Autonomia que não é afectada mesmo que deva concluir-se que não existem bens jurídicos colectivos que não possuam um qualquer suporte em legítimos interesses individuais, por muito simples que eles se afigurem, como o mero prazer de contemplar o vôo e uma ave marinha. A relevância dos bens jurídicos colectivos — generosos, em nada egoístas — provirá precisamente da potencial multiplicação indeterminada de interesses de toda e qualquer pessoa, se bem que não individualizáveis em concreto”. (DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Universidade de Coimbra, n.75, p.1131-2, 2003. Volume Comemorativo

⁷ Na doutrina italiana, Flavio Argirò escreveu: “Stando ai principi di legalità e frammentarietà dell’illecito penale, non costituisce, infatti, reato ogni comportamento genericamente diretto alla lesione od alla messa in pericolo di un dato bene giuridico, sibbene quelle sole condotte che abbiano concretizzato determinate modalità di offesa, espressamente tipizzate dal legislatore.” (ARGIRÒ, Flavio. Note dommatiche e politico-crimini sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano:Giuffrè, ano XLVI, fasc. 3, luglio-settembre de 2003. [p. 768-808], p. 787.

⁸ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 15.

⁹ De acordo com Norberto Bobbio, “é supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver (...): é que a proteção desses últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado — e, portanto, com o objetivo de limitar o poder —, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado”. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 72.

¹⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 37.

atendo às modificações, mas sem cometer excessos na construção dos tipos penais,¹¹ bem como excessos de indefinição na descrição dos ilícitos,¹² sempre com a meta de se reduzir as arbitrariedades legislativas e, por via de consequência, dos excessos punitivos.¹³

O que não se admite, por violação do princípio da legalidade, é a utilização das normas incriminadoras totalmente abertas, nas quais apenas a punição é determinada, deixando-se para outra fonte legislativa a determinação do conteúdo da norma (ou mesmo para a livre criação do sentenciante, o qual teria dificuldade em saber os limites de sua intervenção).¹⁴

3 EVASÃO DE DIVISA: DELIMITAÇÃO DO *THEMA*

A figura ilícito-típica da evasão fiscal, determinada no parágrafo único do art. 22 da Lei nº 7.492/86, estabelece a pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, ao agente que “a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”.

O que importa, neste estudo, apenas para delimitar a ordem da temática a ser enfrentada, é a primeira parte dessa imputação do parágrafo único do art. 22, ficando de fora, portanto, a ação de manter depósitos não declarados às Autoridades competentes.

Quanto a esse tipo-de-ilícito, parece não haver discrepância no universo jurídico brasileiro, em relação ao conceito de “moeda”, na medida em que, conforme citado por José Paulo Baltazar Jr., o conceito abrange “tudo que é geralmente aceito pelo público em pagamento de bens, serviços e ativos de valor, e no reembolso de dívidas. É intermediária de trocas, medida de valor, reserva de valor, tem função liberatória por ser de curso forçado entre a população, e é um padrão de pagamentos”.¹⁵

¹¹ Torna-se adequada a observação sobre a “função de garantia” da tipicidade, tendo em vista a submissão do conteúdo da norma penal ao princípio da tipicidade, como mostrou Cláudio Brandão: “A tipicidade tem duas funções. A primeira foi estruturada em sua evolução e é a de ser indício da antijuridicidade. A outra função é chamada função de garantia e relaciona-se com o princípio da legalidade. (...) A tipicidade é o cumprimento do próprio princípio da legalidade, porque ela tem uma função de garantia. Somente será possível imputar uma pena como consequência jurídica de uma conduta criminosa caso a mesma esteja prevista na lei; dessarte, a necessidade de adequação da conduta à lei garante a não incriminação de todas as outras condutas que não sejam tipificadas.” (BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 57-8.)

¹² “A imprecisão, no tocante à reserva legal, é perigosa para o regular exercício do direito de defesa.” FERNANDES, Antônio Scarance. Crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Org) *Justiça Penal: críticas e sugestões. O crime organizado (Itália e Brasil). A modernização da lei penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.3, p. 38-9, 1995.

¹³ Trazendo o estudo para uma perspectiva ampliada, importante se faz a verificação do grau de preocupação com as questões de legitimidade e eficácia, como se percebe no texto de DELMAS-MARTY, Mireille. Il diritto penale come etica della mondializzazione. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, v. 49, fasc. 1, p. 12, 2006, quando anota que “è dunque la combinazione di legittimità ed efficacia che può ridurre le tensioni esistenti tra strategie unilaterali e multilaterali: le prime, legate soprattutto alla globalizzazione, non possono fondarsi sul solo criterio della loro validità strumentale ma, per essere legittime, dovranno integrarsi con le norme di diritto internazionale; al contrario, le strategie multilaterali, fondate sull’universalismo, non possono affermarsi solo sul presupposto della loro legittimità (simbolica ed assiologica), ma hanno bisogno di rafforzare la propria effettività, tanto attraverso la cooperazione, quanto attraverso il potenziamento della giustizia nazionale. I due tipi di strategie potranno, così, riconciliarsi a beneficio di una complementarità pluralista, capace di comprendere l’intero spazio penale mondiale”.

¹⁴ Sobre esse ponto, merece referência o texto de GARCIA ARÁN, Mercedes. *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*. Estudios penales y criminológicos. Universidade de Santiago de Compostela, 1993. n.XVI, p. 65-103.

¹⁵ BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p 389.

Entretanto, com relação à expressão “divisa”, a determinação conceitual já não se afigura tão tranquila e, em determinadas situações, existe a tentativa da ampliação de seu conceito.

3.1 A evasão de “mercadorias” para fora do país: impossibilidade da ampliação do conceito de divisa

Cada vez mais, merece a ressalva, são iniciadas demandas de índole penal, alicerçadas à base da promoção de saída de “mercadorias” do país, quando o agente-imputado não possui a autorização legal para tanto (e não se preocupou com as informações obrigatórias às autoridades competentes), equiparando o tratamento conceitual de “mercadorias” ao de “divisa”.

Para que se desenhe um exemplo, imagine-se que um procedimento criminal tenha sido iniciado no Juízo Federal, narrando a denúncia a promoção, sem autorização legal, de saída de divisa para o exterior, sob a forma de “maquinários” e “equipamentos agrícolas”.

Esse é o ponto central a ser analisado: o art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, está assim redigido:

“Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena: Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.”

O fato narrado na denúncia [trazida, acima, como quadro ilustrativo], por certo, será considerado atípico, nos lindes do art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, uma vez que “mercadorias” não são divisas!

Divisas, segundo a doutrina, são “letras, cheques, ordens de pagamento, etc., que sejam conversíveis em moedas estrangeiras e as próprias moedas estrangeiras de que uma nação dispõe, em poder de suas entidades públicas ou privadas”, conforme Luiz Régis Prado¹⁶, adotando esse conceito de Paolo Sandrini, em seu “Novíssimo Dicionário de Economia”.¹⁷

A denotação conceitual do vocábulo “divisa” não abarca, pois, o termo “mercadoria”, uma vez que (proceder dessa forma) seria pretender o emprego de ‘analogia’ contra o cidadão, o que é absolutamente vedado num Estado Democrático de Direito, aos olhos do moderno Direito Penal.¹⁸ Ora, quisesse o legislador adotar a tese segundo a qual a perfectibilização do ilícito penal de evasão pudesse ser movida pela saída de “mercadorias”, teria assim elaborado a norma: “... a saída de moeda, divisas ou mercadorias para o exterior”.

¹⁶ PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 330-1.

¹⁷ SANDRINI, Paolo. *Novíssimo Dicionário de Economia*. São Paulo: Best Seller, 2000. p. 181. Ainda: “(...) divisas são títulos ou ativos financeiros conversíveis em moedas estrangeiras (letras, cheques sacados contra praças do exterior, ouro, etc.) ou os próprios estoques em moedas estrangeiras disponíveis no País.” TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional* (uma Contribuição ao Estudo da Lei n. 7.492/86). 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 136.

¹⁸ “De acordo com o Manual da Universidade Corporativa Banco do Brasil: ‘Divisas são as disponibilidades que um país possui, em moedas estrangeiras, obtidas pelas exportações, pelos empréstimos de capitais, vendas de tecnologias, direitos de patentes, etc. (Banco do Brasil: 11) (...) Não integram o conceito de divisa: a) mercadorias.’” (BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 380-1.)

Sebastian Soler demonstrou a importância do princípio da legalidade, ensinando que: “Ao Juiz não é lícito legislar supletivamente para punir um fato não proibido, ou admitir agravante específica não enumerada, ou impor uma pena extralegal”.¹⁹ Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, na dicção do Min. Marco Aurélio, assentou que é vedado ao intérprete ampliar o sentido da norma penal para prejudicar o réu, salientando que: “Tanto viola a lei aquele que exclui do campo de aplicação hipótese contemplada, como o que inclui requisito nela não contido”.²⁰

Deve ser reforçado, quanto ao tópico aqui analisado: não há recurso dialético capaz de convencer que “mercadorias” possam ser equiparadas a “divisas”, sem ser violentado, no mínimo, o princípio da reserva legal.

Esse é o posicionamento do egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“Penal. Norma penal. Impossibilidade de utilização de analogia. Atipicidade da conduta. Art. 22, parágrafo único, Lei nº 7.492/86. 1. A norma penal, sobretudo a incriminadora, deve ser interpretada restritivamente, sendo vedado o uso da analogia. 2. O fato praticado pelos recorridos, consistente em operações de exportação de mercadorias sem a comprovação dos contratos de câmbio pertinentes, em que pese ser tão ou mais danoso à economia e à produção nacional, na medida em que saíram mercadorias do País, e não ingressaram, pelo menos ao que se presume, as respectivas divisas, é penalmente impunível, por não se enquadrar no tipo penal contido no parágrafo único da Lei nº 7.492/76, que trata da evasão de divisas. 3. Deve ser mantida a decisão que rejeita a denúncia, quando a conduta descrita apresenta-se atípica. Precedentes desta Corte. 4. Recursos desprovido. Manutenção da decisão que rejeitou a denúncia.”²¹

“De outra banda, resta aferir se a conduta do réu se enquadra na primeira parte do parágrafo único (art. 22 da Lei 7.492/86). Aqui, não subsistem maiores polêmicas: a lei menciona a saída de moeda ou de divisas para o exterior. Pelo exame do feito, verifica-se a remessa ao estrangeiro apenas de mercadorias.”²²

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, quanto à tipicidade do fato em comento, também decidiu nessa linha:

“Penal. Art. 22, parágrafo único da Lei nº 7.942/86. Operações de exportação sem contrato de câmbio. Saída de mercadorias não configura evasão de divisas. – Mesmo que se defina divisas como meios de pagamento que um país tem contra o estrangeiro, o que inclui moedas, títulos de crédito, direitos especiais de saque, depósitos bancários, letras do Tesouro, valores públicos a curto e longo prazo, na espécie dos autos é certo que as mercadorias saíram e não os créditos que elas representam.”²³

¹⁹ Citado por MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954.v.1, p. 165.

²⁰ STF – HC nº 69479-9, DJU de 18.12.1992, p. 24.376-7.

²¹ TRF/4ª Região, RSE nº 2001.04.01.011338-5/PR, Sétima Turma Rel. Des. Federal Germano da Silva, DJU de 12.09.2001.

²² TRF/4ª Região, ACr. nº 2004.07.00.00.033000-9, Oitava Turma, Rel. Des. Federal Elcio Pereira de Castro.

²³ TRF/3ª Região, ACr. nº 12674-MS, Quinta Turma, Rel. André Nabarete, julgado em 08.04.2002, DJU de 20.05.2003, p. 415.

Mais recentemente, nova decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a qual também merece total atenção, justamente pela clareza do raciocínio, e a proximidade com o tema aqui enfrentado:

“PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. MERCADORIAS ENVIADAS PARA O EXTERIOR. EVASÃO DE DIVISAS. CONDUTA ATÍPICA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. 1. Pelo princípio da reserva legal, a norma penal incriminadora não contempla interpretação elástica. 2. O tipo penal reprime a conduta de quem promove, ilegalmente, a saída de moeda ou divisa para o exterior. Todavia, não pune a conduta de quem deixa de trazer moeda ou divisa para o País. 3. Assim, mercadorias exportadas não podem ser consideradas como elemento normativo do tipo, no caso divisas. Portanto, do ponto de vista penal, a conduta é atípica, restando, tão-somente, eventual infração administrativa.”²⁴

A ideia é a seguinte: em casos como estes, o melhor posicionamento a ser seguido é o da absolvição do cidadão-acusado, ou mesmo, em momento anterior, o do não recebimento da peça inaugural, na medida em que, se oferecida nesses moldes, aproximando os conceitos de “mercadoria” e “divisa”, desrespeitado estará o limite do princípio constitucional da legalidade, o qual, dentre as suas proteções, estabelece a impossibilidade da interpretação “*in malam partem*”.

CONCLUSÃO

Buscou-se verificar, nesse breve estudo, que o Direito Penal Econômico vem sendo ampliado, principalmente a partir de estudos direcionados à caracterização tipológica dos delitos fiscais, mas que se deve, com todas as forças, preservar as garantias processuais e constitucionais, quanto à consolidação dos tipos incriminadores.

A preocupação, portanto, é com os excessos na construção dos tipos penais, e, ainda, com os excessos de indefinição na descrição dos ilícitos: sempre com vistas à inexistência de juízos incorretos e/ou arbitrários.

Portanto, o alcance que se deve verificar ao conceito de “divisa”, determinado no parágrafo único do art. 22, da Lei nº 7.942/86, não chega a abarcar o termo “mercadoria”, pois tal seria pretender o emprego de analogia contra o cidadão, contra o acusado, no processo penal, o que é absolutamente vedado no Direito Penal, num Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARGIRÒ, Flavio. Note dommatiche e politico-criminali sulla configurabilità del concorso esterno nel reato di associazione di stampo mafioso. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, a. 46, fasc. 3, luglio-settembre, 2003. p. 768-808.

BALTAZAR JR., José Paulo. *Crimes federais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

²⁴ TRF/4ª Região, ACr. nº 2004.71.00.033000-9/RS, Rel. Des. Federal TADAAQUI HIROSE, Sétima Turma.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Il diritto penale come etica della mondializzazione*. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, v.49. ,fasc.1, 2006 .

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003. v.75(volume comemorativo).

DONINI, Massimo. Un novo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del Diritto Penale economico. In: FOFFANI, Luigi. *Diritto Penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI Secolo*. Omaggio a Hans-Heinrich Jescheck per il 92 compleanno. Milano: Giuffrè, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. Crime organizado e a legislação brasileira. In: PENTEADO, Jaques de Camargo. (Org) *Justiça Penal: críticas e sugestões. O crime organizado (Itália e Brasil)*. A modernização da lei penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.v.3

GARCIA ARÁN, Mercedes. *Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*. Estudios penales y criminológicos. Universidade de Santiago de Compostela, 1993, p. 65-103. n.XVI

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1954. v.1

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Econômico*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANDRINI, Paolo. *Novíssimo dicionário de economia*. São Paulo: Best Seller, 2000

TIEDEMANN, Klaus. Técnica legislativa nel diritto penale economico. *Revista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, a.19, n. 1-2, 2006.

TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional (uma contribuição ao estudo da Lei n. 7.492/86)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

O TRIBUNAL DO JÚRI: DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

Eduardo Ritt¹

A Constituição Federal de 1988, em seu Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, “reconheceu” a instituição do Tribunal do Júri como um direito ou garantia fundamental do cidadão, embora não tenha definido, claramente, qual a exata natureza desta instituição. Assegurou, ainda, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (artigo 5º, inciso XXXVIII, e letras “a”, “b”, “c” e “d”), inovando, assim, o entendimento anterior, da Constituição Federal de 1967, que limitava-se a manter a instituição do Tribunal do Júri na competência dos crimes dolosos contra a vida.

Inafastável, pois, que tal “reconhecimento” ocorre da importância dessa instituição, em nosso país, inclusive porque ressalvou a soberania de suas decisões e a sua competência, determinada para julgar os crimes dolosos contra a vida. Importa dizer, inclusive, que tal reconhecimento possui condição de cláusula pétreia, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Carta Magna, demonstrando toda a sua importância para o constituinte.

Não é o Tribunal do Júri, pois, mera instituição integrante do Poder Judiciário, eis que nem mesmo está prevista no capítulo respectivo, mas, ao contrário, um direito fundamental-constitucional do cidadão, não sendo passível de ser abolida por emenda constitucional. Nesse sentido, o próprio Poder Judiciário pode ser objeto de alterações estruturais, inclusive com abolição de alguns de seus órgãos, o que não ocorre com o Júri, por expressa disposição constitucional.

E nem poderia ser diferente, uma vez que o Júri possui uma atuação viva na sociedade, em especial nas cidades do interior de todo nosso país, não raras vezes sendo seus julgamentos objeto da mídia local e de discussões acaloradas no seio popular, impondo, assim, padrões de conduta e/ou contestações de suas decisões.

Também é fácil constatar o senso comum existente na sociedade brasileira de ser o Tribunal do Júri uma instituição democrática, permitindo a atuação decisiva dos cidadãos como integrantes do Conselho de Sentença, ou Corpo de Jurados. É que tal instituição traz transparência e clareza em seu procedimento, alcançando uma legitimidade social poucas vezes encontrada. É representativa da sociedade, “uma instituição secular de caráter democrático, que há de persistir por muito tempo na legislação brasileira”², consoante referem Luiz Antônio Fleury Filho e Pedro Franco de Campos.

Notável, ainda, que o cidadão, na qualidade de integrante do corpo de jurados, embora a dificuldade da função, adquire conceito positivo e respeito social, fazendo que, muitas vezes, postule a perpetuação do seu nome nas revisões anuais da lista de jurados, demonstrando, sem sombra de dúvida, o reconhecimento popular, tão importante para qualquer instituição.

Todavia, o Tribunal do Júri constitui-se em assunto polêmico, envolvendo posições das mais diversas, chegando, mesmo, a existirem tentativas de excluir tal instituição do cenário jurídico brasileiro, ou, pelo menos, a realização de sérias mudanças. Outras há, entretanto, que

¹ Mestre em Direito. Professor de Direito Penal e Processual Penal no Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Promotor de Justiça Criminal de Santa Cruz do Sul/RS.

² In: RT. n. 557, p.279.

entendem a instituição como imprescindível, postulando mesmo o aumento de sua competência, aliás uma faculdade da legislação ordinária, em razão do permissivo contido no inciso XXXVIII do artigo 5º da Carta Magna, na qual é assegurado ao Júri, pelo menos, a competência para os crimes dolosos contra a vida.

Por fim, ainda há posições que até negam o caráter de direito e/ou garantia individual constitucional, questionando, inclusive, a legitimidade e eficácia das decisões desse órgão judicial. A matéria, longe de ser pacífica, enfrenta, não só os debates promovidos por seus críticos, mas toda a insegurança e incerteza do atual momento histórico brasileiro, em especial pelas mudanças processuais em debate, o que ressalta a importância deste estudo³.

Importa, assim, a exata definição da natureza jurídica do Tribunal do Júri, frente à Constituição Federal brasileira de 1988, em especial, pela falta de critérios mais específicos na ordenação dos direitos e garantias fundamentais, positivadas em tal Carta, bem como um estudo abrangente dessa instituição, tão debatida pelos juristas e demais operadores jurídicos.

Observa, nesse sentido, José Afonso da Silva⁴, ao comentar a falta de rigor da Constituição Federal de 1988, que o constituinte não quis sistematizar os direitos e garantias constitucionais, em separado, preferindo arrolar tais dispositivos num único artigo.

Logo, se a Carta Magna não faz uma diferenciação entre direitos e garantias fundamentais, torna-se oportuna e esclarecedora a lição de Ingo Wolfgang Sarlet⁵, ao salientar que a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, que entende constituir os direitos fundamentais, em primeiro plano, em direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade, ainda é a mais usual, ocupando destaque na doutrina constitucional. O autor afirma que

Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que estejam sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal⁶.

Para o mencionado doutrinador, na qualidade de direitos de defesa, os direitos fundamentais constituem-se numa obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, criando-se, para estes, um dever de respeito a determinados interesses individuais, “por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições”⁷.

Nesse sentido, Gomes Canotilho, defende que:

³ Em 2008, o rito do Tribunal do Júri restou alterado, de forma abrangente, pelas Leis n. 11.690/2008 e 11.719/2008 e, em especial, pela Lei n. 11.689/2008, numa nítida tentativa do legislador de dar maior possibilidade de defesa ao acusado, adequando o velho procedimento aos novos entendimentos, surgidos após a Carta Constitucional de 1988.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186, nota 36.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 180.

⁶ *Ibidem*, p. 180.

⁷ *Ibidem*, p. 181.

os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) ⁸.

Ainda hoje a doutrina busca inspiração na obra de Ruy Barbosa, que distinguia disposições constitucionais meramente declaratórias, as quais positivariam os direitos e a esses reconheceriam existência legal, dos dispositivos de natureza assecuratória, que protegeriam os direitos e limitariam o poder, sendo que “Sob a égide da Constituição de 1988, tal lição continua encontrando ampla receptividade no seio da doutrina”⁹.

Parece claro, assim, que a atual Carta Magna aceitou tal distinção, como demonstra a epígrafe do Título II, da atual Carta Constitucional, o que revelaria, inclusive, além da existência de direitos fundamentais e garantias fundamentais, que ambas as categorias possuiriam, em princípio, a mesma dignidade jurídico-constitucional¹⁰.

Tais direitos e garantias, outrossim, poderiam estar concretizados no mesmo dispositivo constitucional, no que poderia ser denominado de direitos-garantia, já que, além de conterem garantias, “podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas”¹¹, sendo que a maior parte dos dispositivos constitucionais do artigo 5º, da atual Carta Magna, são, em verdade, direitos-garantia.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, além de tais direitos, podem ser encontradas algumas garantias institucionais típicas, que não encontraram, ainda, um tratamento autônomo e sistemático, e que podem ser definidas como “a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade”¹², sendo que tal concepção vem de Weimar M. Wolf e C. Schmitt,

tendo como elemento comum o reconhecimento da necessidade de resguardar o núcleo essencial de determinadas instituições jurídicas (públicas ou privadas) da ação erosiva do legislador e até mesmo de uma eventual supressão por parte deste e dos demais poderes públicos, revelando que a função primordial das garantias institucionais é a de preservar a permanência da instituição no que diz com os seus traços essenciais, em outras palavras, naquilo que compõe sua identidade¹³.

Dessa forma, a instituição do Júri seria classificada como autêntica garantia institucional, embora o mencionado autor assevera que isso não geraria um direito subjetivo individual autônomo, concluindo seu entendimento que

Se o cidadão pode exigir o julgamento pelo Tribunal do Júri nos delitos previstos na Constituição (crimes dolosos contra a vida) e qualquer exclusão destes pela lei traz consigo a chaga da inconstitucionalidade, poder-se-ia cogitar de um

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3.ed. 1999. p. 383.

Coimbra: Almedina,

⁹ SARLET, op. cit., p. 193.

¹⁰ Ibidem, p. 194.

¹¹ Ibidem, p. 194.

¹² Ibidem, p. 195.

¹³ Ibidem, p. 195.

direito subjetivo do cidadão de optar em ser, ou não, julgado pelo Júri? Com efeito, o simples fato de que o cidadão não possui o direito de optar em ser, ou não, julgado pelos seus pares revela que é à instituição do Tribunal do Júri que o Constituinte outorgou maior relevância. A garantia da instituição do Júri representa, portanto, para o cidadão, mais propriamente um dever fundamental de ser julgado pelo Júri ou, pelo menos, a exemplo do direito de voto, um direito-dever. Apenas em se considerando a garantia do Júri como autêntico direito fundamental (na qualidade de direito subjetivo típico), e não garantia institucional, poder-se-ia cogitar da possibilidade de um direito a não ser julgado pelo Júri, além de uma garantia de ser julgado por seus pares se assim o quiser o cidadão. Sem adentrarmos aqui com mais vagar o exame desta problemática, entendemos que a questão merece maior atenção da doutrina, de modo especial em face dos desdobramentos que suscita. Para além disso, observa-se que se trata de problema no qual transparece a distinção deste tipo de garantia dos demais direitos fundamentais (e garantias), já que ao indivíduo é reservado, em regra, tanto a liberdade negativa quanto a positiva (de não se valer da liberdade que lhe é outorgado e de não sofrer interferências em sua esfera de liberdade pessoal, isto é, de não atuar ou atuar sem ingerências)¹⁴.

Já José Afonso da Silva, ao apresentar a Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem¹⁵, separa, a partir da concepção de Ruy Barbosa, direitos e garantias¹⁶. Para esse autor, analisando as várias concepções de garantias apresentadas em nossa Constituição, é difícil “distinguir as diferenças ou semelhanças entre o que sejam garantias fundamentais, garantias individuais e garantias constitucionais”¹⁷. Ele, assim, apresenta sua própria classificação, declarando, com grande felicidade e objetividade, que

Interessam-nos apenas as *garantias dos direitos fundamentais*, que distinguiremos em dois grupos: I – *garantias gerais, destinadas a assegurar a existência e a efetividade* (eficácia social) daqueles direitos, as quais ‘se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais’; o ‘conjunto dessas garantias gerais formará a estrutura social que permitirá a existência real dos direitos fundamentais’; trata-se da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, consagrada agora no art. 1º, de que já falamos; II – *garantias constitucionais*, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos, mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais. São, por seu lado, de dois tipos: a) *garantias constitucionais gerais*, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio, com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantias e respeito aos direitos fundamentais; são garantias gerais precisamente porque consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão; b) *garantias constitucionais especiais*, que são prescrições constitucionais estatuinto técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial; são técnicas preordenadas com o objetivo de assegurar a observância desses direitos considerados em sua manifestação isolada ou em grupos¹⁸.

¹⁴ Ibidem, p. 197, nota 509.

¹⁵ SILVA, op. cit., p. 172-89.

¹⁶ Ibidem, p. 186-9.

¹⁷ Ibidem, p. 187.

¹⁸ Ibidem, p. 188-9.

O mencionado jurista, em referência às garantias constitucionais especiais, entende por agrupar tais garantias em :

a) garantias individuais (ou garantias constitucionais individuais), compreendendo: 1) o princípio da legalidade; 2) o princípio da proteção judiciária; 3) a estabilidade dos direitos subjetivos adquiridos, perfeitos e julgados; 4) o direito à segurança; 5) os remédios constitucionais; b) garantias dos direitos coletivos; c) garantias dos direitos sociais; d) garantias dos direitos políticos¹⁹.

E as garantias constitucionais individuais exprimiriam, assim, “os meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais, os quais se encontram ligados a estes entre os incisos do art. 5º”²⁰, entendendo-se que a instituição do Tribunal do Júri estaria compreendida nesta classificação, em função de seu objeto, em direito à segurança, pois “aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral)”²¹.

Dessa forma, a instituição do Tribunal do Júri constituiria-se em direito à segurança em matéria penal, pois visaria a “tutelar a liberdade pessoal”²², como uma garantia jurisdicional penal.

Também Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que a Constituição brasileira preocupou-se, profundamente, em assegurar os direitos do indivíduo em matéria penal, salientando que, sem explicitar quais, muitos desses direitos “ficariam melhor no Código de Processo ou no Código Penal. E de roldão, com regras importantes, foram constitucionalizados dispositivos de importância menor”²³, classificando a instituição do Tribunal do Júri como um direito fundamental, cujo objeto imediato é a segurança em matéria penal²⁴. Para ele, o objeto mediato dos direitos fundamentais “se pode dizer é sempre a liberdade”²⁵.

Edson O’Dwyer, por sua vez, em interessante artigo, ao analisar as garantias constitucionais do acusado, num exame da atual Constituição Federal, comenta seu entendimento sobre o Tribunal do Júri, aduzindo que :

No que se refere à manutenção do Tribunal do Júri - inciso XXXVIII - trata-se, apenas, de dar seqüência à existência desse Tribunal Popular. Entendemos que não se pode erigir, por si só, essa regra, à condição de garantia constitucional do acusado, porque a ser assim deveríamos colocar em relevo, por igual, todos os outros juízos e tribunais que foram mantidos. As características especiais do júri, talvez por isso, impulsionam inúmeros penalistas, processualistas e constitucionalistas a incluir o inciso supra referido entre as garantias constitucionais do acusado. A nós, no particular, bastaria a regra precedente -

¹⁹ Ibidem, p. 418.

²⁰ Ibidem, p. 419.

²¹ Ibidem, p. 437.

²² Ibidem, p. 439.

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 262.

²⁴ Ibidem, p. 254-5.

²⁵ Ibidem, p. 254.

que exclui os Tribunais de Exceção - para, *ipso facto*, considerar inalterada a garantia genérica do Juízo natural²⁶.

Nessa ótica, o Tribunal do Júri é instituto que guarda as maiores controvérsias de nosso sistema constitucional, sendo que para Celso Ribeiro Bastos, apontando o caráter místico e religioso de que era imbuído o Júri, quando de seu primórdio,

o fato é que nele continua a ver-se uma prerrogativa democrática do cidadão, uma fórmula de distribuição da justiça feita pelos próprios integrantes do povo, voltada, portanto, muito mais à justiça do caso concreto do que à aplicação da mesma justiça a partir de normas jurídicas de grande abstração e generalidade²⁷.

E o doutrinador explica então a problemática da aceitação desse instituto, em nosso Direito pátrio, o que é fácil compreender, pois, um órgão de tal natureza suscita grandes controvérsias em países outros "que não aqueles em que o instituto se desenvolveu dentro do contexto cultural próprio"²⁸. O mesmo autor, complementa, todavia que

quer-nos parecer que a inspiração do instituto, a idéia de que ao lado de uma justiça mais técnica e profissional possa existir uma outra que reflita a visão da própria sociedade, continuará a ter muita influência e a assegurar a sua legitimidade e durabilidade²⁹.

Sobre a polêmica causada pelo tribunal popular, em nosso país, James Tubenchlak, comenta que

A instituição do Tribunal do Júri, mercê de suas características conceituais e estruturais altamente polêmicas, viu-se debatida e questionada através dos séculos, remanescendo a discussão até os dias atuais. Seus incontáveis e fiéis defensores, digladiando-se com um sem-número de fogosos opositores, relevam o significado de salutar batalha jurídico-política sobre o aperfeiçoamento da causa democrática³⁰.

E prossegue, mais tarde, o autor, analisando a natureza do Tribunal do Júri, ao demonstrar toda a importância da instituição, que :

Voltamos rapidamente às quatro indagações doutrinárias inicialmente registradas, sobre a natureza jurídico-política do Tribunal do Júri: a) optamos por sua natureza constitucional; b) alinhá-lo entre as garantias individuais, ou na parte do Poder Judiciário, não é mera questão de semântica, como pode parecer à primeira vista, pois a democracia participativa implica, entre outras coisas, atuação popular, diretamente, em relação aos Três Poderes, o que consubstancia, sem dúvida, um direito a ser garantido na Carta Magna; c) Júri sem o selo da soberania plena em seus veredictos não é Júri; d) dar-lhe competência material genérica, ou específica, é tema que está a merecer maior atenção e exame profundo dos doutrinadores pátrios, à luz do Direito Comparado e em face das mutações sociais ocorridas em nosso país nas últimas

²⁶ O'DWYER, Edson. Garantias constitucionais do acusado. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 5, n. 1, p.73, jan./fev./mar. de 1992.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 205.

²⁸ *Ibidem*, p. 205.

²⁹ *Ibidem*, p. 205.

³⁰ TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1994. p.3.

décadas, aliando-se a isso o incentivo ao debate popular, com a realização, até mesmo, de um plebiscito³¹.

Por fim, numa mostra do ideal democrático da instituição, com a pretensão mesma da ampliação da competência do Júri, José Frederico Marques comenta, citado por James Tubenchlak, que :

Quer parecer-nos que ao Júri pode atribuir-se, no campo da competência material, o julgamento dos delitos políticos, delitos estes de que ele se apresenta como o Juiz natural e onde lhe caberia, como verdadeiro *paladium* da liberdade, examinar os casos com um critério nitidamente democrático e popular. Se, como disse Guizot, 'a imoralidade dos delitos varia de acordo com os tempos, os acontecimentos, os direitos e méritos do poder', quem melhor que o jurado para apreciar a culpabilidade de quem comete esses delitos? Desvinculado de compromissos com o governo, e com um amplo campo para julgar segundo a íntima convicção, o Juiz popular apreciaria o caso fora dos padrões legais emanados daqueles contra quem se rebelou o delinqüente, fazendo assim do veredicto ou um meio de reprovação aos ideais que impeliram o acusado ao crime, ou a demonstração de que esses ideais, embora em contraste com os princípios políticos em vigor, encontram ressonância no seio do povo, que os compreende como um anelo de progresso, como um passo à frente no aperfeiçoamento dos postulados democráticos³².

Merece atenção, ainda, a análise que faz Magalhães Noronha sobre a polêmica que o Júri desperta, criticando, nitidamente, tal tribunal, ao referir, com exatidão, alguns aspectos negativos do Tribunal Popular, que :

Seria ir muito longe na crítica apontar os defeitos da instituição. Em sua essência, ela é recomendável, em teoria perfeitamente aceitável, pois permite que o indivíduo julgado por seus pares seja; é o júri expressão de democracia. Todavia, na prática é facilmente desvirtuado. Entre nós – por que não dizer? – tem sido instrumento político-capitalista. Com muito poucas exceções, não há réu que, gozando do bafejo político ou desfrutando de boa posição social, seja condenado por ele. Falamos com a experiência de trinta anos de Ministério Público. Máxime nas pequenas comarcas do interior, a influência política é decisiva. Frequentemente, não é o réu que se julga, mas o Cel. Fulano, o Prefeito Beltrano, o Dr. Sicrano, etc.³³.

Já Lenio Luiz Streck, numa nítida posição favorável ao Tribunal do Júri, comenta, com rara felicidade, o raciocínio equivocado de alguns doutrinadores contrários ao Júri, demonstrando a incoerência que envolve o assunto, cujas posições são mais ideológicas do que jurídicas e sociais, ao referir que :

Percebe-se, pois, como a ciência, detentora do discurso da verdade, passa a ter a função de legitimar, ideologicamente, o judiciário togado, colocando o Tribunal do Júri como "não-científico-desviante". Mariza Correa traz importante contribuição, aludindo que os argumentos favoráveis ou contrários à manutenção do júri ou à sua representatividade popular são sempre argumentos políticos ou ideológicos, ou seja, levantados a partir dos interesses dos envolvidos na discussão - seja em termos de sua função e atuação no júri ou fora dele - e argumentos fundados na visão de mundo dos debatedores. A própria definição do Direito Penal brasileiro como *contraditório* implica que

³¹ Ibidem, p. 8-9.

³² Ibidem, p. 9-10.

³³ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 19. ed. São Paulo:Saraiva, 1989. p. 240.

sempre seja possível encontrar um contra-argumento para qualquer argumentação. É importante frisar que não há qualquer levantamento que comprove, por exemplo, que o Tribunal do Júri, no Brasil, absolve mais do que o fazem os juízes singulares em seus julgamentos. No entanto, esta é uma afirmação freqüente, às vezes dos que defendem a manutenção do júri, às vezes dos que são contrários a ele; às vezes pelos que o condenam por ser pouco técnico, às vezes pelos que o elogiam por sua qualidade democrática, dependendo da situação em que se encontrem. Para aqueles, *verbi gratia*, que atacam o Tribunal do Júri, dizendo que ele é o paraíso das absolvições, cabe lembrar que, no Rio Grande do Sul, conforme relatório da Corregedoria-Geral do Ministério Público, somente nos últimos seis anos (1991 a 1996) o júri condenou 6.791 réus, contra 5.777 absolvições. Enquanto isso, no mesmo período, o juízo singular absolveu 85.228 réus, contra 83.414 condenações³⁴.

Não resta dúvida, portanto, que o Júri desperta enorme polêmica no mundo jurídico. Todavia, também é indubitável a importância de tal instituição, elevada, inclusive, à categoria de direito fundamental, garantia institucional ou, ainda, garantia jurisdicional penal, consoante as várias interpretações dadas.

Claro está, também, que o Tribunal do Júri não é instituição perfeita, imune a defeitos e críticas, mas parece ser difícil acreditar que haja uma instituição perfeita, pelo simples motivo de todas serem produto do homem, que, sabe-se, não é perfeito. Mas várias observações podem e devem ser afastadas, por simples raciocínios lógicos, eis que eivadas de equívocos e precipitações, resultando, mesmo, em distorções originadas de posições puramente ideológicas, em geral advindas dos que não possuem afinidade com tal Tribunal, ou mesmo dos que não possuem atuação mais destacada no plenário do Júri.

Em realidade, a crítica da falibilidade do Júri pode ser feita, também, e com muito mais freqüência, para os demais órgãos do Poder Judiciário, assim como a necessidade de mudanças para melhorar os julgamentos, o que não se nega. Esquece-se, entretanto, que uma das formas de democratizar o Judiciário é, justamente, dar maior transparência ao Poder e permitir a participação da sociedade em seus julgamentos, circunstâncias que já ocorrem no Júri, por sua própria natureza.

É equivocado, ainda, questionar o Júri em face de algumas decisões de julgamentos reputadas incorretas, eis que muitas decisões do juízo singular também encontram-se na mesma situação.

Há, com certeza, jurados não bem preparados para a função, bem como a existência de influências extrajurídicas sobre tais cidadãos, o que acarreta decisões não queridas. Fala-se, também, no “teatro” que ocorreria no plenário, onde a retórica seria a pura razão do sucesso ou insucesso do acusado.

Mas toda essa discussão poderia ser facilmente afastada, desde que ocorressem mudanças efetivas no rito do Tribunal do Júri, o que acabou acontecendo, de fato, em 2008. Essas mudanças ocorreram em função das Leis n. 11.690/2008 e 11.719/2008, e, em especial, da Lei n. 11.689/2008, as quais vieram dar novo norte para o processo penal, em geral, e para o rito do Júri, em especial, adaptando-se às disposições constitucionais.

Assim, a previsão de maior prazo para defesa prévia, a concentração da audiência, o estabelecimento do interrogatório, posteriormente, à inquirição da vítima e testemunhas, a substituição das alegações escritas por debates orais, a previsão do recurso de apelação para as

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri – símbolos & rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 80.

decisões de impronúncia e de absolvição sumária, a simplificação na formulação dos quesitos, a efetiva intervenção do Juiz de Direito, como presidente dos trabalhos, regulando os debates em plenário, etc., são algumas das inúmeras modificações legislativas, à fim de trazer maior rapidez ao processo e, ao mesmo tempo, garantir uma maior amplitude na defesa do acusado.

É claro que ainda restam imperfeições no rito, mas a reforma processual trouxe, sem dúvida, maior alento aos defensores do Tribunal do Júri, modernizando aquele que é o Tribunal mais democrático do Poder Judiciário brasileiro. Óbvio, porém, não ser nossa pretensão esgotar aqui o assunto, até em face da abrangência da matéria e sua importância, mas apenas apontar algumas questões iniciais, que se reputam de importância vital para a sociedade brasileira, nesse momento de mudanças processuais, servindo, assim, para um debate salutar e democrático, auxiliando no arejamento de nosso sistema judiciário.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 383.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- O'DWYER, Edson. *Garantias constitucionais do acusado*. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre, v. 5, n. 1, jan./fev./mar. de 1992, p. 73.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri – símbolos & rituais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri: contradições e soluções*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1994.

JÚRI: A CONTROVÉRSIA NA QUESITAÇÃO DA INIMPUTABILIDADE E DOS EXCESSOS CULPOSO E EXCULPANTE

Aramis Nassif¹

1 INTRODUÇÃO

Em agosto de 2008, o processo penal brasileiro passou por importante reforma, que, mesmo pontual, quanto ao procedimento do júri foi extremada, afastando, de vez, o Decreto Lei 167/38 que, sabidamente, suprindo a omissão da Carta de 1937, foi editado para regulamentar a instituição, sendo integralmente trasladado ao Código de Processo Penal de 1941.

A amplitude da alteração está desafiando cuidados e provocando controvérsias. Os movimentos iniciais para aplicar o novo texto ainda são tímidos, e o segmento do texto legislativo, que mais tem afligido os operadores de direito, em face dos debates e desencontros de uma melhor e mais consentânea interpretação, relaciona-se com o novo sistema de quesitação, especialmente, naquilo omitido pelo legislador.

No objetivo específico das considerações que seguem, entendi de destacar o estudo do questionário quando ocorrem situações que demandam a quesitação no julgamento de inimputável (doente mental), das teses de excesso culposos e exculpante nas excludentes da ilicitude que, com certeza, é a maior fonte de controvérsia na inovação reformadora. Eis a contribuição para o debate.

2 A INIMPUTABILIDADE E A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA

2.1 Absolvição imprópria

Não é desconhecido que, equivocadamente, a inimputabilidade, decorrente de doença mental, atestada por laudo técnico e acolhido pelo juiz, é considerada causa de 'absolvição' (imprópria) pela simples localização topográfica, no sistema processual penal (art. 386, VI, CPP²). Resulta da conclusão 'absolutória' que será aplicada ao inimputável medida de segurança, tal como dispõe o art. 97, do Código Penal: "*Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo à tratamento ambulatorial*".

Todavia, essa concepção (absolvição) merece ser repensada. E não sem razão, haja vista as graves repercussões delas imanentes (prescrição, prazos, etc), do qual não se exclui as decorrentes das decisões do Conselho de Sentença, no Tribunal do Júri, e seu reflexo no questionário.

O STF, em histórico julgamento, afirmou que, pela natureza da 'absolvição imprópria', o juiz presidente do Tribunal do Júri, na fase da *judicium accusationis*, não poderia subtrair ao acusado (doente mental) seu julgamento pelo plenário, absolvendo-o sumária e imprópria. Leia-se o excerto do voto do Relator (vencedor), no HC 87614:

¹ Mestre em Direito, Professor e Desembargador (TJRS).

² VI - existirem circunstâncias que excluam ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei n. 11.690/2008).

*E que a medida de segurança – repita-se - **consubstancia sanção penal**, sendo imprescindível, então, que haja o crivo, em termos de julgamento, do órgão competente, do Tribunal do Júri. Eis a interpretação do artigo 411 do Código de Processo Penal compatível com a regência maior decorrente da Constituição. De duas, uma: ou se tem situação concreta em que se concluiu que, à época dos fatos, não havia a capacidade de autodeterminação, vindo esta a ser recuperada posteriormente, e, aí, cabe observar o referido artigo 411, ou a situação concreta é conducente a entender-se pela persistência da insanidade, não havendo como chegar-se, sem a atuação do Tribunal do Júri, à isenção da pena e imposição da medida de segurança, **a menos que se endosse o julgamento, quanto à culpa do acusado, quanto à autoria relativamente ao crime**, por órgão manifestamente incompetente.*

Como é a realidade dessa sentença, o magistrado singular estaria elaborando juízo de censura penal, equiparável às decisões condenatórias e, assim, autorizado a aplicar a sanção 'medida de segurança'. *Contrario sensu*, se estivesse, por exemplo, ao abrigo de uma excludente da ilicitude, seria simplesmente absolvido e não sofreria qualquer sanção.

2.2 Absolvição sumária imprópria e medida de segurança

Na esteira da decisão da Corte Suprema, importa considerar que a medida de segurança nada mais é que uma espécie do gênero sanção. Aplica-se em face da isenção de pena do inimputável, mas, repita-se, com indistigável juízo de censura na sentença, à cuja conclusão resulta em uma reprimenda penal, o que expõe claramente que ela é meio de exercício do *jus puniendi*, do Estado, e que se manifesta por causa do crime. Ela é - como o é a pena - consequência jurídica do delito.

Conforme o tratadista gaúcho Cesar Bitencourt, as penas e medidas de segurança "... constituem duas formas semelhantes de controle social e, substancialmente, não apresentam diferenças dignas de nota" (Tratado de Direito Penal, v. 1., p. 745).

Todavia, percebe-se que o legislador, ao cuidar, na reforma de 2008, da situação do inimputável na fase da *judicium accusationis*, manteve-se indiferente a esse entendimento e àquela moderna orientação da Corte Suprema. Leia-se:

*"art. 415. O juiz, fundamentadamente, **absolverá** desde logo o acusado, quando:*

(...)

*IV – demonstrada **causa de isenção de pena** ou de exclusão do crime.*

*Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a **única tese defensiva**.*

Com isso, o doente mental será julgado pelo Conselho de Sentença apenas se concorrer com a tese da isenção da pena outra que não tenha os mesmos efeitos (aplicação da medida de segurança). Pelo disposto na norma (parágrafo único), se sustentar a defesa apenas a inimputabilidade do agente, estaria legitimado o julgador singular a 'absolver', sumária e impropriamente, o acusado, aplicando a sanção medida de segurança. A norma, afrontando a orientação do STF, será, por certo, confrontada na Corte, para ver de sua validade constitucional.

O texto legal deixa evidente que o inimputável só será julgado pelo Tribunal Popular se concorrer com a inimputabilidade, tese que possa resultar em absolvição própria ou condenação

em plenário. Não se perde de vista que, abstraindo a hipótese examinada, o doente mental pode ser absolvido, sumariamente, se estiver ao abrigo de circunstância absolutória própria.

De concluir, então, que será pronunciado se afastadas essas hipóteses ou, de difícil configuração, se o julgador entendesse que, mesmo presente laudo técnico, o acusado não seria inimputável.

2.3 Inimputabilidade e reflexos no questionário

Com a decisão de pronúncia, os reflexos no questionário são deveras interessantes, pois o art. 482, CPP, em seu parágrafo único, dita que na elaboração dos quesitos, “(...) o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes”.

Portanto, *ex vi legis* a decisão de pronúncia é fonte primária dos quesitos. Se assim é, o inimputável verá integrar no questionário a tese de absolvição própria, apontada nessa decisão interlocutória (e que autorizou a pronúncia), concorrente à da inimputabilidade. Relembra-se que, fosse a inimputabilidade tese única, no fim da instrução preliminar (*judicium accusationis*), seria ela acolhida com absolvição sumária imprópria e, assim, estaria alijado o julgamento perante o Conselho de Sentença. Se, por outro lado, o magistrado pronunciasse o acusado sustentando que ele não era doente mental, não haveria, então, a preocupação em estudo.

Tendo presente que a absolvição imprópria, pela distribuição no sistema normativo, é solução absolutória exclusivamente no plano processual, a sua repercussão é a mesma de uma sentença condenatória, com conseqüente restrição à liberdade do acusado, pois, como concluiu o Min. Lewandowski, no HC 87614 (ementa acima) que “(...) a isenção de pena (CP, art. 26) incide quando existente culpa formada”.

Se a absolvição sumária resulta de um juízo de censura penal à conduta que se diferencia da condenação pela inaplicabilidade de pena e, ao reverso, impõe a aplicação de medida de segurança, torna-se óbvio que a definição da opção sancionatória pressupõe a resposta negativa ao quesito decisivo (“O jurado absolve o acusado?”). É que, necessariamente, estará concorrendo com a tese da inimputabilidade, outra que versará sob a absolvição própria (relembro o parágrafo único do art. 482, CPP), sendo lógico admitir que, se afirmado o quesito, o acusado estará, pura e simplesmente, absolvido. Mas, se a opção for pela negativa do quesito e, assim, condenado o acusado, estará sendo elaborado um juízo censório que, se for o caso, legitimará a aplicação da medida de segurança.

Assim, se alegada, pela defesa, a inimputabilidade do agente, vencida a tese de absolvição própria, é imperativo verificar se os jurados reconhecem a possibilidade de aplicação de medida de segurança pela inimputabilidade, alternativa única à isenção de pena do acusado. Seria, com a devida licença literária e para agradar os ouvidos mais renitentes, a consumação da ‘absolvição imprópria’.

2.4 Inimputabilidade: modelo de quesitação

O quesito que elegeria a opção pelos jurados seria o correspondente à redação do art. 26, *caput*, do Código Penal:

O acusado, por doença mental (ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?

Se a resposta for majoritariamente afirmativa, o juiz, aplicará ,então, medida de segurança. *Contrario sensu*, aplicará a pena. Com isso, assegura-se a oportunidade absolutória irrestrita ao acusado e, na hipótese condenatória, se for o caso, a aplicação de medida de segurança (absolvição imprópria).

Com certeza, não pode ser aplicada a medida de segurança quando os jurados votarem afirmativamente o quesito decisivo ("O jurado absolve o acusado?"), pois se estaria interpretando a vontade dos jurados temerariamente e, assim, sonogando ao doente mental a chance de ser absolvido irrestritamente. Nada impede que os defensores de que ocorre absolvição imprópria, por sua vestimenta formal, assim denominem o resultado da votação afirmativa do quesito da inimputabilidade (art. 26, CP).

3 O EXCESSO CULPOSO

3.1 Excesso culposo e desclassificação.

Consta da legislação penal (art. 23, CP) que não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal, ou no exercício regular de direito, mas o agente responderá pelo excesso doloso ou culposo (excesso punível) que tiver empregado no seu exercício.

Tem-se, assim, que *"toda ação típica é ilícita, salvo quando justificada. Com acerto se distingue que as causas justificantes têm implícita uma norma permissiva ou autorizante que, ao interferir nas normas proibitivas ou preceptivas, faz com que a conduta proibida ou a não-realização da conduta ordenada sejam lícitas ou conforme ao direito"* (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 1996. p. 365). Como da própria norma pode ser extraído, o excesso no emprego dos meios, imoderada e desnecessariamente, culposa ou dolosamente, rompe com o caráter de licitude da reação defensiva.

A verdade é que se tem entendido, ao menos nas decisões do tribunal do júri que, reconhecido o excesso culposo, ocorreria desclassificação para a modalidade culposa do delito. Percebe-se que a doutrina e a jurisprudência não têm reparado no equívoco, salvo em vozes qualificadas que, entre outras, entendem que a *"única explicação plausível para o chamado "excesso culposo" é o de que se trata de uma ação dolosa, mas que, aplicando-se a regra da segunda parte do §1º do artigo 20, a lei lhe impõe a pena do delito culposo. Em face da definição de dolo do artigo 18, não se pode dizer jamais que, para a nossa lei, o chamado "excesso culposo" seja uma conduta culposa, e sim que o "culposo", no máximo, seria o excesso, mas nunca a ação que causa o resultado, posto que, a se admitir o seu caráter culposo, se estaria incorrendo numa flagrante contradição intra legem"* (grifo meu - ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro : Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 597).

Portanto, não é demais repetir que o excesso - doloso ou culposo - é sempre antijurídico e, por isso, no contexto da conduta em que conflitam o agressor e o acusado, demarca o limite de licitude. Esse limite é ultrapassado quando esse último não mantém a reação dentro dos limites definidos pela necessidade e moderação dos meios para repelir a ação daquele. O esforço excedente no momento da repulsa é voluntário, e dirigido contra quem lhe agride injustamente.

Pelas circunstâncias do fato – a existência de uma agressão injusta, atual ou iminente – pode ocorrer que o agredido, com a agressão contida em um primeiro momento, voluntária e conscientemente amplia a reação, convertendo-se, então, em agressor, o que identificaria o excesso doloso; mas, se dramaticamente ultrapassa os limites da licitude por destempero

emocional, com franca redução de sua capacidade de agir com racionalidade, a conduta continua sendo ilícita, mas, então, autorizando a aplicação de pena ou seja, o apenamento corresponderá ao previsto para o delito, em sua modalidade culposa, se existir.

O que não pode ser aceito é que o acusado tenha, em tais circunstâncias, cometido um crime culposos, ou seja, afirmado o excesso culposos, haveria uma insólita desclassificação, o que contrasta com conceitos jurídicos dos mais elementares, dentro do Direito Penal. É que, na dicção do art. 18, do Código Penal, o crime é culposos “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.”

Iniludivelmente, não é aceitável admitir que o agente, defendendo-se desesperadamente da agressão que pode custar-lhe a vida, caracterize uma conduta imprudente, negligente ou imperita. Age conscientemente no sentido de conter a vítima, mesmo que tenha que abater-lhe. É fácil concluir, então, que é equivocada a conclusão de que, comprovado o excesso culposos, seu resultado seja a desclassificação do delito doloso para culposos. Trata-se, apenas, de política criminal para manter a proporcionalidade - no apenamento - entre uma ação de quem jamais esteve defendendo-se e a daquele que reage excessivamente a uma agressão injusta.

3.2 Excesso culposos como privilegiadora

A verdade é que o legislador poderia incluir esse agir entre as modalidades privilegiadora do art. 121, § 1º, do Código Penal (“ Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço”). Mas não o fez!

Com a reforma, a realidade do Código impõe reflexões para superar algumas perplexidades, mormente quando se vê presente regras específicas e reducionistas na elaboração do questionário a ser levado aos jurados, no julgamento pelo Tribunal do Júri. O texto reformador omitiu, para o questionário, previsão de quesitos específicos sobre excesso doloso ou culposos ou, mesmo, exculpante. Elaborar quesito indagando sobre a espécie do excesso, sem que conste do rol do art. 483, CPP, implicaria que o juiz estaria legislando. A solução deve ser buscada no sistema e a partir de interpretação possível de ser feita, ao viés da garantia processual.

Em relação ao primeiro (excesso doloso), pouco refletiria no julgamento - como jamais refletiu - o seu reconhecimento após as respostas afirmativas pois, se denunciado por homicídio doloso, o reconhecimento do excesso não implicava/implicaria mais do que no resgate da imputação original. Diferentemente ocorre, pela intensa repercussão no apenamento, com o segundo (excesso culposos). É que, conforme majoritariamente acatada corrente doutrinária, em relação à qual, conforme anteriormente exposto, mantenho severa reserva, o reconhecimento do excesso culposos implicaria desclassificação (imprópria) para o homicídio culposos (art. 121, § 3º, CP).

Conforme se comentará mais adiante, a tese de excludente da ilicitude não desafia, como ocorria no sistema revogado, quesitação específica. Tudo se resolve na votação do terceiro quesito (“o jurado absolve o acusado?”). Assim, ao optar pela condenação, respondendo negativamente à indagação, afastada, por consequência, estará a tese da legítima defesa, sustentada pela defesa. O aparente impasse desenha-se, todavia, porque estaria excluída, também, a possibilidade de que fosse reconhecido que o acusado tenha, apenas, se excedido culposamente nos limites da excludente.

Seria a hipótese de a defesa buscar a desclassificação para homicídio culposos? Não. É que a tese desclassificatória antecede ao da condenação e, então, ficaria sem resposta outra

indagação: Como reconhecer o excesso sem condenação? Magalhães Noronha obtempera que o “excesso significa a diferença a mais entre duas qualidades. Há, em tese, excesso nos casos de exclusão de ilicitude quando o agente, ao início sob abrigo da excludente, em seqüência vai além do necessário” (NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.)

3.3 Excesso culposo: imperatividade da quesitação

A verdade é que não se pode admitir que, por se tratar de julgamento pelo Tribunal do Júri, tenha sido abolida a possibilidade de condenação, por ter o agente se excedido, culposamente, no exercício da discriminante. Tal entendimento determinaria a equiparação daquele agente que, em determinado momento, defendia-se de agressão injusta, atual ou iminente, mata o agressor e aquele que jamais esteve em posição defensiva, e simplesmente comete o homicídio.

Convence, ao meu ver em forçada e inadequada interpretação, que seja possível adotar a regra do parágrafo 4º do art. 482, CPP, para superação do impasse. Ou seja, consumada a condenação, e sustentada a tese da excludente, a pedido da defesa, formular o quesito sobre o excesso culposo, mesmo que não resulte em “desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular”. Vê-se que o texto que justificaria a alternativa a veda, expressamente, vez que a hipótese legal não contempla desclassificação para o juízo monocrático.

Por isso, ousou propor outra solução. Relembro que o excesso culposo não implica em ‘desclassificação’ (entendimento que defendo), mas, sim, uma questão de política criminal para efeitos de fixação da pena. Acrescento ao já exposto, que não se consagra o excesso pelo comportamento tecnicamente culposo, pois a culpa, no sistema penal brasileiro, diz com comportamento imprudente, negligente ou imperito³. Como identificar, na ação de alguém que, sofrendo agressão injusta, atual ou iminente, para defender-se, adote conduta meramente imprudente, negligente ou imperita? Estou convencido que, em circunstâncias tais, o agente está emocional e racionalmente comprometido, em condições que assemelha-se, em tudo, à violenta emoção, em face da agressão (injusta provocação), característica da minorante do art. 121, § 1º, do Código Penal. Essa irracionalidade parcial justifica o apenamento privilegiado. É certo que faltou ao legislador penal a inspiração necessária para, simplesmente, reconhecer uma privilegiadora em face da condenação pelo excesso, do exercício defensivo. Por tudo isso, convence que a tese poderia ser confortada pela votação, conforme o disposto no inciso I, do § 3º do art. 483, porque resulta em pena significativamente reduzida em relação à sanção prevista para imputação original. Não é demais afirmar que se trata de uma minorante especial. O quesito, que seria votado/respondido após o voto negativo majoritário para o terceiro quesito (“O jurado absolve o acusado?”), teria a seguinte redação (sugestão):

“O acusado, sob domínio de violenta emoção provocada por agressão injusta e atual (ou iminente) do ofendido, excedeu-se apenas culposamente nos limites da legítima defesa?”

Se a resposta for majoritariamente afirmativa, aplica-se a pena do art. 121, § 3º do Código Penal.

3.4 – Excesso exculpante

Por fim, hei que considerar, ainda, neste breve estudo, o excesso exculpante, que, no interesse do texto, apresenta solução singela, pois é ele causa absolutória e não se confunde com

³ Código Penal, art. 18 - Diz-se o crime: (...) culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. (inciso II)

o doloso ou culposo, por ter como causas o pavor, o medo, a surpresa, e se opõe quando é resposta a uma agressão injusta, atual ou iminente, ultrapassando, a reação, os limites da moderação e necessidade para fazer cessar a agressão.

Na consagração jurisprudencial "(...) ainda que não incluído na parte geral do Código Penal, não se impede o seu reconhecimento como causa extralegal da exclusão da culpabilidade" (S.T.F. - H.C. 72.34).

Na doutrina, encontra-se valiosa lição de Assis Toledo, ao admitir que o excesso exculpante, que também denomina excesso intensivo, pode decorrer de perturbação mental, tal como medo, susto, etc (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977). Observe-se a lição que se extrai do seguinte julgado:

"Legítima Defesa. Excesso Exculpável Verificável. Absolvição. Embora não conste da legislação penal atual, era previsto no Código Penal de 1969, deve-se considerar não punível o excesso, praticado em legítima defesa, quando resultante de excusável medo, surpresa ou perturbação de ânimo. Isto porque as causas excludentes de culpabilidade, como as que excluem a ilicitude, não se esgotam no rol enumerado no ordenamento penal, pois são estabelecidas em favor do réu. No caso, este excesso exculpante subsiste como causa extralegal de exclusão de culpabilidade. E por excesso exculpante tem-se a reação defensiva que, por suas singularidades, não é merecedora de pena. Muitas vezes a violência da agressão, ou sua subtaneidade, criam um estado de medo, de surpresa, ou de perturbação de ânimo que interferem de sobremodo na reação defensiva. O agredido fica sem condições de balancear adequadamente a repulsa em função do ataque. E o que pode ter, no máximo, acontecido no caso em tela, pois a reação do apelante aconteceu após a agressão da vítima contra seu (do réu) filho menor, depois de, reiteradamente, causar tumultos em seu estabelecimento comercial. Absolvição que se impõe". (Apelação Crime nº 699421871, TJRS – Rel. Des. Sylvio Baptista Neto, 11/08/1999).

Ora, em se tratando de causa absolutória, não tem, para efeitos de aferir sua existência pelo Conselho de Sentença, o mesmo destino do excesso culposo que se apresenta como causa de minoração da pena (especial) e, como tal, será quesitado. A proposta defensiva se resolve no quesito decisivo.

4 CONCLUSÃO

A reforma do procedimento do júri surpreendeu a comunidade jurídica desafiando, além da simples leitura de seus artigos (da Lei 11.689/08), a interpretação consentânea com o direito processual penal moderno, não sendo demais afirmar que a adequação interpretativa da doutrina, e dos tribunais, resultará em intensos debates, mas que, de todos eles, com certeza, resultará em conclusões que atendam aos preceitos de um verdadeiro direito processual constitucional.

Trago, como dito acima, a minha contribuição para esse debate.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César. *Tratado de Direito Penal*, v.1. 14. ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 1996.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DO QUESTIONÁRIO E SUA VOTAÇÃO

Delmar Pacheco da Luz¹

1 QUESTIONÁRIO

Seguramente, este é um dos tópicos do Procedimento do Júri que sofreu as mudanças mais profundas. Há muito tempo se pretendia substituir o antigo sistema, cuja complexidade era reconhecida de maneira quase unânime, por um novo que pudesse ser mais simples e mais direto, reservando para serem quesitadas aos jurados apenas as matérias que, efetivamente, lhe dizem respeito, excluindo aspectos que devem ser reservados ao exame do Juiz-Presidente como agravantes e atenuantes.

O objetivo das alterações é simplificar ,ao máximo, a quesitação. Exemplo disso são as diversas teses defensivas de absolvição do acusado (excludentes de ilicitude, causas de isenção de pena, etc.) que continuam podendo ser sustentadas em plenário, sem qualquer tipo de restrição e, no entanto, serão todas elas englobadas em um único quesito, que se limitará a perguntar: **“O jurado absolve o acusado?”** (art. 483, § 3º).

Sublinhe-se, desde logo, que se deve fugir à tentação de repetir sempre, na redação dos quesitos, segundo o novo sistema, aquela redação utilizada no sistema antigo, que tantas críticas recebeu ao longo do tempo (algumas até mesmo injustas). Não significa dizer que se deva abandonar as referências construídas pela doutrina, e pela jurisprudência, ao longo do tempo, mas não pode haver dúvidas de que o propósito do legislador foi, efetivamente, criar um novo sistema, que, naturalmente, irá se aperfeiçoando no curso da aplicação da lei, como historicamente ocorreu.

O Conselho de Sentença deverá ser perguntado ,antes de tudo, sobre a própria existência do fato e a autoria ou participação do acusado e, após, sobre se absolve ou não o réu (art. 482).Caberá ao Juiz-Presidente, a elaboração dos quesitos sobre o fato levando em conta os termos da pronúncia, do interrogatório e das alegações das partes. Com o fim do libelocrime acusatório, de conformidade com o qual deveriam ser elaborados os quesitos da acusação, cabe agora ao magistrado redigi-los de acordo com a pronúncia, especialmente, já que essa é a síntese da acusação admitida. Tendo em vista o princípio da correlação, a decisão de pronúncia (que passa a ser o novo limite da acusação), por sua vez, estará estreitamente vinculada à denúncia (que continua sendo o primeiro limite da acusação).

Significa dizer, em última análise, que estará na própria denúncia (ou em seu aditamento), ainda que indiretamente, a fonte primeira do quesito sobre o fato. De qualquer forma, os quesitos devem ser elaborados de modo objetivo e claro, para que possam ser respondidos simplesmente com as palavras “Sim” ou “Não”.Os quesitos serão formulados em séries distintas, se forem dois ou mais, os réus em julgamento. Igualmente, haverá séries distintas para o julgamento de dois ou mais crimes (art. 483, § 6º).

¹ Procurador de Justiça

2 ORDEM DOS QUESITOS

A ordem de formulação dos quesitos está estabelecida no art. 483, do CPP:

“Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.”

O primeiro, portanto, deverá perguntar sobre a materialidade do fato. Aqui, tomaremos como exemplo casos de homicídio consumado (que, juntamente, com a forma tentada de homicídio, correspondem à imensa maioria dos crimes dolosos contra a vida, levados a julgamento perante o Júri). Este primeiro quesito deverá perguntar:

“No dia TAL, por volta de TANTAS horas, em TAL lugar,, ALGUÉM, com tiros de revólver, produziu na vítima BELTRANO as lesões descritas no auto de necrópsia de fulano, que lhe causaram a morte?”

É verdade que, no sistema anterior, se costumava separar o que se convencionou chamar “materialidade” do que seria “letalidade”, ou seja, nexo de causalidade entre as lesões descritas no primeiro quesito e o resultado “morte”.

Não se vê necessidade de manter essa separação, bastando que, se a negativa da relação de causalidade for justamente a tese defensiva, a defesa deve alertar o Conselho de Sentença para que, acolhendo a sua tese, já responda “Não” ao primeiro quesito. Não haverá prejuízo para a defesa, até porque mantém-se a possibilidade de absolvição, inclusive por esse fundamento, na votação do quesito “genérico” de defesa, o qual será formulado após o relativo à autoria.

A segunda indagação versará sobre a autoria ou participação (inciso II), da forma mais simplificada e direta possível:

“O réu FULANO DE TAL concorreu para a prática do fato?”

Aqui, com o propósito de simplificar a quesitação (como, aliás, ocorria no sistema antigo, naquelas hipóteses em que um único réu respondia pelo delito), poderiam materialidade e autoria ser objeto de quesito único. Não haveria qualquer violação das regras estabelecidas, nem se poderia alegar nulidade do questionário. Bastaria para isso substituir o pronome indefinido ALGUÉM, no 1º quesito, pelo nome do réu.

Considerando o propósito de simplificação do questionário, não haverá quesitos sobre formas específicas de participação (em número expressivo muitas vezes no sistema anterior), nem sobre a forma genérica “de qualquer modo”. Basta o Conselho de Sentença reconhecer que o acusado concorreu para a prática do fato, independentemente da condição de autor ou partícipe. Em momento posterior, se forem teses defensivas, o Júri examinará a participação de menor importância e a participação dolosamente distinta dos §§ 1º e 2º do art. 29, do Código Penal.

A resposta negativa ao primeiro quesito (materialidade) nega a própria existência do fato, enquanto a resposta negativa ao segundo quesito (autoria ou participação) nega que o acusado tenha concorrido para o fato. Nos termos do art. 483, §1º, a resposta negativa a

qualquer dos quesitos ,acima referidos, absolve o acusado e encerra-se, assim, a votação do Conselho de Sentença, devendo o magistrado fazer constar que estão prejudicados os demais. Aliás, a resposta negativa ao primeiro quesito (materialidade) já prejudica os demais, pois encerra a votação e absolve o acusado.

Deve-se sublinhar aqui que o legislador, ao exigir a resposta negativa de mais de 3 (três) jurados, para o resultado, deixou implícito que ao Juiz-Presidente não se exige mais do que a abertura de 4 (quatro) cédulas, com resposta idêntica, o que já consagra a maioria, sem necessidade de abrir as demais. Tal providência garante o sigilo das votações, assegurado constitucionalmente, na medida em que dispensa a abertura dos três votos restantes, se os quatro primeiros já decidiram o julgamento, afastando a possibilidade da identificação de eventual decisão unânime dos jurados.

Tendo o Conselho de Sentença afirmado materialidade e autoria, a seguir, será formulado o quesito “genérico” de defesa, de forma direta e objetiva:

“O jurado absolve o acusado?”

Independentemente das teses defensivas, sustentadas durante o debate (seja uma única ou várias), o julgamento de mérito se dará em um único quesito. Significa dizer que, por exemplo, se a defesa sustentar, nos debates, legítima defesa própria e de terceiro, legítima defesa real e putativa, legítima defesa própria e estrito cumprimento do dever legal, erro de proibição inevitável ou erro plenamente justificado, sobre elemento constitutivo do tipo penal, independentemente do fundamento pelo qual o jurado formou a sua convicção, ele aqui irá externá-la, absolvendo ou não o acusado. Importa concluir que se somarão os votos de todos os jurados que pretendam absolver o réu, sem levar em conta o fundamento pelo qual decidiram fazê-lo.

Esse é o ponto central do novo sistema: somar os votos de todos os jurados que entenderem justa a absolvição, independentemente, da consideração do fundamento pelo qual chegaram a essa decisão. Evita-se, com isso, que as teses defensivas possam ser, individualmente, afastadas e, em consequência, o réu condenado por divergência dos jurados, quanto à causa de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade aplicável, ao caso concreto.

A resposta negativa de mais de 3 (três) jurados ao quesito “genérico” de absolvição importa na condenação do acusado pelo delito da pronúncia no seu tipo “básico”. Exemplo: acusado pronunciado por homicídio qualificado estará até este momento condenado por homicídio simples, cabendo ao Conselho de Sentença decidir, em quesitos separados, sobre a privilegiadora eventualmente sustentada pela defesa ou sobre a qualificadora ou a causa de aumento de pena, reconhecida na pronúncia.

3 CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Estando o acusado condenado pela resposta negativa ao quesito “genérico” de absolvição, o magistrado formulará, logo após, quesito sobre causa de diminuição de pena, eventualmente sustentada pela defesa em plenário.

Por mais que se queira buscar a simplificação dos quesitos, tratando-se de causas de diminuição ou de aumento de pena, e de qualificadoras, não é possível formular um quesito “genérico” sobre elas. Significa dizer que devem ser quesitadas as causas de diminuição de pena, efetivamente alegadas pela defesa, como destacado no próprio inciso IV do art. 483. Assim, a formulação de causas de diminuição de pena será sempre específica, não havendo razão para fugir da redação tradicional dos quesitos a elas correspondentes. Por exemplo, na hipótese de ser

sustentado o homicídio privilegiado pela violenta emoção (art. 121, § 1º, do Código Penal) a redação do quesito será:

“O réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima?”

O mesmo deve ser dito em relação à tese da participação de menor importância (art. 29, § 1º, do Código Penal), cuja redação será:

“A participação do réu no fato foi de menor importância?”

Igualmente no caso de ser sustentado pela defesa o erro sobre a ilicitude do fato, quando evitável (art. 21, segunda parte, e seu parágrafo único, do Código Penal), cujo quesito terá a seguinte redação:

“O réu agiu por erro evitável sobre a ilicitude do fato?”²

4 QUALIFICADORAS OU CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

As qualificadoras e as causas de aumento de pena, para poderem ser sustentadas pela acusação, em plenário, precisam ter sido reconhecidas na pronúncia, como expressamente exige o art. 413, § 1º. Também, nesse caso, como já se destacou acima, não é possível formular um quesito “genérico” sobre qualificadoras e causas de aumento de pena. Assim, devem ser quesitadas as qualificadoras e causas de aumento de pena, efetivamente reconhecidas na pronúncia.

A formulação, portanto, de quesitos sobre qualificadoras e causas de aumento de pena será sempre específica, não havendo razão para se abandonar as formas tradicionais utilizadas no sistema anterior. Tenha-se presente que as qualificadoras, para serem quesitadas aos jurados, devem ser compatíveis com a causa de diminuição de pena eventualmente reconhecida. Isso, porque doutrina e jurisprudência têm reconhecido que as qualificadoras subjetivas são incompatíveis com o homicídio privilegiado, por exemplo. Assim, reconhecida a causa de diminuição de pena, o magistrado considerará prejudicados os quesitos sobre essas qualificadoras.

São, naturalmente, compatíveis o homicídio privilegiado e as qualificadoras objetivas, podendo ser reconhecido que o acusado matou a vítima sob o domínio de violenta emoção logo após injusta provocação desta e que o fez mediante asfixia. É o chamado homicídio qualificado-privilegiado que, vale lembrar, a jurisprudência considera estranho ao rol dos crimes hediondos. No sentido da compatibilidade entre forma privilegiada e qualificadoras objetivas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Coexistem em harmonia o privilégio e a qualificadora objetiva, no crime de homicídio.” (STF, Hábeas Corpus nº 77347/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 20.02.2004).

Assim é que, conforme o caso, o magistrado indagará aos jurados, por exemplo:

- **“O crime foi cometido por motivo torpe – qual seja, vingança?”**
- **“O crime foi cometido por motivo fútil – qual seja discussão banal sobre futebol?”**
- **“O crime foi cometido mediante asfixia?”**

² Tal redação já era sugerida no sistema anterior por PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 317.

- *“O crime foi cometido mediante o uso de recurso que dificultou a defesa do ofendido – qual seja, reiteração de disparos contra a vítima já ferida e caída?”*
- *“O crime foi cometido contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos?”*

5 TESES DEFENSIVAS DESCLASSIFICATÓRIAS – DESCLASSIFICAÇÃO PRÓPRIA

Quando a defesa sustentar em plenário, ou, se inferir do interrogatório (parágrafo único do art. 482), tese que importe em desclassificação da infração constante da pronúncia para outra, de competência do juiz singular, deverá ser formulado o quesito correspondente após o 2º ou o 3º quesito, conforme o caso (art. 483, § 4º).

Se a tese sustentada importar na chamada desclassificação própria, o momento de sua formulação será após o 2º quesito, ou seja, quando reconhecidas apenas materialidade e autoria. Nesse caso, como diz respeito à própria competência do Conselho de Sentença para continuar julgando o crime, deve o quesito correspondente sempre preceder ao previsto no inciso III do art. 483, que é o do julgamento do mérito. É o caso aqui da tese de negativa de dolo - direto e eventual - no homicídio consumado (Exemplo: réu denunciado por homicídio doloso no trânsito, cuja tese defensiva é a negativa de dolo, tanto direto quanto eventual).

Caberá ao Juiz-Presidente formular a tese defensiva, que importa em afastamento da competência do próprio Júri, em um único quesito, não havendo razão para separar o dolo direto do eventual, como se usava no sistema antigo. Não se identifica, porém, causa de nulidade do julgamento a formulação separada das duas formas de dolo. Nessa hipótese, aos jurados será perguntado:

“O réu quis ou assumiu o risco de produzir a morte da vítima?”

A resposta positiva afasta a tese defensiva e firma a competência do Conselho de Sentença para prosseguir no julgamento, pois foi reconhecida a prática pelo acusado de crime doloso contra a vida. Já a resposta negativa resulta na desclassificação própria. O crime remanescente (que pode ser homicídio culposo ou lesão corporal seguida de morte) é da competência do juiz singular.

Estando o réu pronunciado pelo delito, na forma tentada (como, por exemplo, homicídio tentado), necessariamente deverá ser formulado quesito ao Conselho de Sentença para que esse diga se reconhece, no caso concreto, a tentativa de homicídio. A resposta negativa a esse quesito afasta o homicídio tentado e, em consequência, afasta a competência do Tribunal do Júri para continuar julgando o fato. É outra hipótese da chamada desclassificação própria. A redação do quesito deve ser singela e direta:

“Assim agindo, o réu tentou matar a vítima?”

E não se diga que a pergunta envolveria um conceito jurídico. De fato, a tentativa é um conceito jurídico (art. 14, inciso II, do Código Penal), mas, antes disso, é uma ideia comum e que pode ser apreciada por qualquer pessoa leiga. Aliás, a sua compreensão não será mais difícil do que a expressão utilizada no antigo sistema, que falava em “dar início à ação de matar a vítima, o que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade”.

Diante da resposta negativa ao quesito caracterizador da tentativa estará operada, da mesma forma que na hipótese anterior, uma desclassificação própria, o que importa em afastar a competência do Júri, já que o crime remanescente (que pode, aqui, ser uma lesão corporal leve,

grave ou gravíssima, ou até mesmo exposição à perigo de vida) será, originariamente, da competência do juiz singular.

Sob essas situações, - desclassificação da infração para outra da competência do juiz singular - caberá ao Presidente do Tribunal do Júri proferir sentença em seguida, nos termos do § 1º do art. 492. Significa dizer que, na desclassificação própria, o Conselho de Sentença, ao operá-la, afasta a sua competência para julgar a infração e entrega ao magistrado a causa, sem julgamento de mérito. O Juiz-Presidente, então, proferirá sentença, julgando o delito remanescente, sempre que isso for possível.

A ressalva se deve à segunda parte do mesmo § 1º, do art. 492 antes mencionado, que determinou a aplicação dos arts. 69 e seguintes, da Lei 9.099/95, quando o delito resultante da nova tipificação, ou seja, o delito remanescente, for considerado pela lei como infração de menor potencial ofensivo. Assim, se o delito remanescente for uma contravenção, ou crime, a que a lei comine pena máxima - não superior a 2 (dois) anos - será o caso de examinar-se a hipótese de transação penal, não sem antes aguardar o trânsito em julgado da decisão do Conselho de Sentença.

A classificação do delito remanescente, a ser feita diretamente pelo Juiz-Presidente, irá determinar o passo seguinte do magistrado. Ou seja, se o delito resultante da desclassificação não comportar transação penal ou suspensão condicional do processo (como, por exemplo, homicídio culposo, no trânsito ou lesão corporal, seguida de morte, na hipótese de afastamento do homicídio doloso; ou, lesão corporal, grave ou gravíssima, no caso de afastamento da tentativa), o magistrado julgará, imediatamente, o mérito, para absolver ou condenar o acusado. Caso o delito comporte transação penal ou suspensão condicional do processo (hipótese de reconhecimento de lesão corporal leve ou exposição a perigo de vida, ou homicídio culposo, fora do trânsito), o juiz dará despacho, encerrando o julgamento e, após o trânsito em julgado da decisão dos jurados, remeterá o processo ao juiz competente, se ele próprio não o for. Aí será aberta vista ao Ministério Público, para o oferecimento de proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, ou explicitação dos motivos pelos quais deixa de propô-las.

Não seria recomendável que o juiz, ainda em plenário, abrisse vista ao Ministério Público, para essa finalidade, antes do trânsito em julgado da decisão do Conselho de Sentença, porque poderia haver apelação e o Tribunal de Justiça, por exemplo, poderia mandar o réu a novo julgamento, por ser a decisão desclassificatória dos jurados, manifestamente contrária à prova. Parece mais adequado que se espere o trânsito em julgado, aguardando o julgamento do próprio recurso, se for o caso, para só então aplicar-se a transação penal ou a suspensão condicional do processo, quando cabíveis na hipótese.

Aberta vista ao Ministério Público, e proposta a transação penal, ou a suspensão condicional do processo, na própria sessão de julgamento, sendo essa aceita pelo acusado e homologada pelo juiz, implicaria em desistência do órgão ministerial do prazo recursal, o que não me parece adequado.

A desclassificação própria, além de remeter ao julgamento do Juiz-Presidente o julgamento do crime remanescente, com as observações feitas acima, encaminha ao seu julgamento ainda o crime conexo que não seja doloso contra a vida, com as mesmas ressalvas anteriores, como determina o art. 492, §2º.

6 TESES DEFENSIVAS DESCLASSIFICATÓRIAS – DESCLASSIFICAÇÃO IMPRÓPRIA

Além das hipóteses de tese defensiva que importe em desclassificação própria, conforme examinado acima, é possível a defesa sustentar em plenário tese que determine a chamada desclassificação imprópria.

A desclassificação própria consiste na desclassificação pura e simplesmente de uma infração da competência do júri para outra da competência do juiz singular, sem julgamento do mérito, o que importa em remeter esse julgamento ao Juiz-Presidente. Já a desclassificação imprópria é desclassificação do delito doloso contra a vida, constante da denúncia para outro que não da competência do júri, porém, já com a condenação do acusado por esse delito, cabendo ao magistrado simplesmente fixar a pena, nos limites da nova tipificação, já reconhecida pelo Conselho de Sentença. Trata-se, portanto, de desclassificação com condenação, por isso diz-se imprópria.

A tese, necessariamente, sustentada pela defesa, que possa levar à desclassificação imprópria, será formulada sempre após o quesito previsto no inciso III, do art. 483 e, naturalmente, quando o réu foi condenado pelo Conselho de Sentença, com a resposta negativa de mais de três jurados, ao quesito defensivo de mérito.

Uma das hipóteses dessa desclassificação é a participação dolosamente distinta, prevista no § 2º, do art. 29, do Código Penal. Ao sustentar essa tese, a defesa deverá declarar, expressamente, de qual delito o acusado quis participar. Assim, respondendo o réu como mandante de um homicídio, poderá sustentar a defesa que ele queria participar tão somente de lesão corporal, já que admite haver determinado ao executor que aplicasse uma surra no ofendido. A redação do quesito aqui será a mesma utilizada no sistema antigo, ou seja:

“O réu quis participar de crime menos grave, qual seja, lesão corporal?”

Respondido afirmativamente ao quesito, estará o acusado já condenado pelo delito de lesão corporal. Uma vez sustentada essa tese, caberá à acusação requerer a formulação da causa de aumento de pena, prevista na parte final do dispositivo, quando estabelece que “essa pena será aumentada até a ½ (metade), na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”. A redação do quesito atenderá de forma direta, ao disposto na lei:

“Era previsível o resultado mais grave?”

Sublinhe-se que esse quesito somente será formulado aos jurados quando respondido afirmativamente o anterior e mediante requerimento da acusação, ainda em plenário.

A segunda hipótese de desclassificação imprópria será quando sustentado que o acusado apenas excedeu-se, culposamente, no emprego da excludente de ilicitude, prevista no parágrafo único do art. 23, do Código Penal: “O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.”

Como destaca Alberto Silva Franco, o excesso pode se dar em qualquer das causas de exclusão de ilicitude, já que todas elas estabelecem um limite para quem age ao seu abrigo. Como sublinha o mesmo autor: “Por outro lado, o excesso será culposo quando o agente, por não ter empregado o dever de cuidado que nas circunstâncias lhe era exigível, desvia-se dos limites fixados pela lei para a excludente, sempre que o resultado lesivo de sua conduta esteja

tipificado como crime culposo.” (FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 199).

Vale lembrar aqui que dentre os crimes da competência originária do Júri, ou seja, dentre os crimes contra a vida, o único que prevê a modalidade culposa é o homicídio. Tratando-se de matéria atinente ao mérito, ela será, obrigatoriamente, formulada ao Conselho de Sentença, a quem compete definir se o alegado excesso na atuação, sob o abrigo de uma das excludentes de ilicitude, teria sido apenas culposo, já que o eventual excesso doloso afasta, por falta de requisito, a própria excludente, concluindo-se pela condenação do acusado.

Uma vez que o novo sistema não contempla a formulação individualizada dos requisitos da excludente, como acontecia no sistema antigo, o reconhecimento do excesso terá que ser sustentado pela defesa como tese específica, a ser formulada de maneira direta:

“O réu excedeu apenas por culpa os limites da legítima defesa (ou de qualquer das outras excludentes)?”

O reconhecimento do excesso culposo, no entanto, não deve ser confundido com a desclassificação do homicídio doloso para culposo (o que pode se dar apenas na desclassificação própria – quando os jurados não julgarão o mérito do fato, limitando-se a afastar a forma dolosa, como visto acima).

Vale transcrever aqui a lição de Hermínio Marques Porto, sobre a natureza jurídica do excesso culposo: *“O excesso culposo, nomem juris para identificar o parágrafo único do art. 23 do CP, indica regra de relação da pena ao fato 'se este punível como crime culposo', enquanto a figura não contém conceito de culpa própria; o excesso de defesa, ou excesso na legítima defesa, nomes de melhor coadunação à figura, não contém, reiteramos, os elementos da infração culposa, e a menção feita pelo parágrafo ao 'crime culposo' é restrita a um objetivo de chamamento ou referência para encontro de quantidade penal.”* (PORTO, Hermínio Marques. *Júri*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores 1998. p. 230)

Por essa razão, não há qualquer incompatibilidade do reconhecimento do excesso culposo com o homicídio tentado. Hipótese em que sobre a pena do homicídio culposo incidirá a redução decorrente da tentativa (de um a dois terços). O reconhecimento do excesso culposo, ou excesso na defesa, como quer Hermínio Marques Porto, prejudica o exame de eventuais qualificadoras, pois a medida da pena será a do § 3º, do art. 121, do Código Penal, o que é incompatível com o reconhecimento da forma qualificada do homicídio.

Quanto à causa de aumento de pena, prevista na parte final do § 4º, do art. 121, essa é compatível, pois a condenação pelo excesso culposo é condenação por homicídio doloso a que se aplica, por política criminal, a pena da forma culposa. Outra hipótese de desclassificação imprópria poderá ocorrer quando a defesa sustentar que o réu agiu por erro, derivado de culpa sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime (relembrando que o erro, plenamente justificado pelas circunstâncias, leva à isenção de pena – art. 20, § 1º, primeira parte, do Código Penal – e, conseqüentemente, à absolvição no quesito “genérico” de defesa).

No caso do erro derivado de culpa do art. 20, caput, do Código Penal, e das discriminantes putativas do art. 20, § 1º, do mesmo código, embora excluído o dolo, é permitida a punição por crime culposo, quando previsto em lei. Vale repetir que, entre os crimes da competência originária do júri, o único que prevê a modalidade culposa é o homicídio.

Alberto Silva Franco cita exemplo dado por Francisco Muños: “quem dispara contra uma pessoa confundindo-a com um animal não responde por homicídio doloso, mas, sim, a título de

homicídio culposo, se seu erro foi devido a uma temeridade ou a uma negligência.”³ Como se trata de matéria referente ao mérito, ela será necessariamente quesitada ao Conselho de Sentença, a quem competirá definir se o alegado erro decorreu de culpa. Na hipótese a redação, embora em quesito único, terá os mesmos requisitos do sistema anterior:

“O réu agiu por erro decorrente de culpa sobre elemento constitutivo do tipo penal?”⁴

O reconhecimento do erro, derivado de culpa, leva à aplicação da pena do homicídio culposo; o seu afastamento mantém a condenação do réu pelo homicídio doloso. Ao afirmar que o acusado agiu por erro derivado de culpa, a exemplo do que ocorre no excesso culposo, o Conselho de Sentença não está desclassificando o homicídio doloso para culposo. Como destacam Adriano Marrey e Alberto Silva Franco *“não se cria, em verdade, figura culposa: utiliza-se apenas a punição cominada para o tipo culposo, se existente.”*⁵

O reconhecimento do erro, derivado de culpa, igualmente prejudica o exame de eventuais qualificadoras, pois a medida da pena será a do § 3º, do art. 121, do Código Penal, o que é incompatível com a forma qualificada de homicídio. Uma das peculiaridades da desclassificação imprópria é que, contendo ela uma decisão de mérito, firma a competência do Conselho de Sentença para julgar também o eventual delito conexo, diferentemente da desclassificação própria, que remete o julgamento do conexo juntamente com o delito remanescente, ao Juiz-Presidente.

7 TESES DEFENSIVAS DESCLASSIFICATÓRIAS – OUTRAS DESCLASSIFICAÇÕES

O § 5º, do art. 483 prevê ainda outro casos de teses desclassificatórias, sustentadas pela defesa que devem, igualmente, ser objeto de quesitação aos jurados, logo após o segundo quesito, ou seja, após o reconhecimento da materialidade e autoria do delito.

A primeira hipótese, contemplada no citado dispositivo, ocorrerá quando o réu for pronunciado por um crime consumado, mas a defesa sustentará que o delito, na verdade, não passou da tentativa, tendo o resultado decorrido de causa estranha à ação do acusado. Essa hipótese pode se verificar tanto na autoria colateral (quando o acusado sustenta que os golpes por ele desferidos não foram os causadores do resultado letal), como na causa superveniente relativamente independente (quando a defesa sustenta que os ferimentos produzidos na vítima não foram a causa de sua morte, mas sim, por exemplo, os ferimentos sofridos posteriormente em colisão da ambulância, quando era levada ao hospital).

Para atender a sustentação, pela defesa, das teses de desclassificação para a forma tentada, o magistrado deverá quesitar, após materialidade e autoria:

“Assim agindo, o réu apenas tentou matar a vítima?”

Respondido negativamente a este quesito o acusado continua sendo julgado pelo homicídio; respondido positivamente, o acusado passa a ser julgado daí em diante, pela tentativa de homicídio. Na sequência, em qualquer hipótese será formulado o quesito “genérico” de defesa, com as conseqüências já conhecidas. Continuará, após, com a formulação dos demais quesitos compatíveis.

³ FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 176.

⁴ PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 317.

⁵ MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. p. 519.

Outra hipótese, referida no dispositivo, se dá quando há divergência sobre a tipificação do delito: pode-se exemplificar aqui com a acusada, denunciada e pronunciada por homicídio praticado contra o próprio filho, quando a defesa sustenta que o fato foi praticado sob a influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto. Reconhecida a tese defensiva, nós teremos como caracterizado o delito de infanticídio e não mais o de homicídio, conforme anteriormente pronunciado. Nesse caso, o quesito deverá perguntar:

“O fato foi praticado sob influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto?”

A resposta negativa determinará a continuidade do julgamento pelo fato da pronúncia, com a formulação dos demais quesitos, inclusive o quesito “genérico” de defesa, do inciso III, do art. 483. Já a resposta afirmativa, igualmente, determinará a continuidade do julgamento, agora pela nova tipificação, com a formulação do quesito “genérico” de defesa e dos demais quesitos compatíveis (não se poderá, por exemplo, formular qualificadoras, eis que o infanticídio não contém formas qualificadas).

Idêntica situação ocorrerá quando a defesa alegar que o réu, pronunciado por homicídio, apenas prestou auxílio à vítima para que esta cometesse suicídio (art. 122 do Código Penal). O juiz deverá formular o quesito correspondente à nova tipificação, logo após afirmada materialidade e autoria, nos seguintes termos:

“O réu apenas prestou auxílio à vítima para que esta se suicidasse?”

A consequência será a mesma da hipótese anterior.

8 MATÉRIAS QUE NÃO SERÃO OBJETO DE QUESITAÇÃO

O magistrado não quesitará agravantes ou atenuantes, bem como não quesitará também tipo de concurso ou continuidade delitiva. Todas essas são questões relativas à aplicação da pena, cuja competência é do Juiz-Presidente, que as apreciará, fundamentadamente, na sentença.

Os quesitos sobre os demais delitos dolosos contra a vida (até aqui exemplificamos sempre com hipóteses de homicídio – que são as que ocorrem na imensa maioria dos casos), bem como os conexos, obedecerão às mesmas regras antes mencionadas, ou seja: materialidade, autoria ou participação, se o acusado deve ser absolvido (***“O jurado absolve o acusado?”***), se existe causa de diminuição de pena, se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, conforme o art. 483. Veja-se, ao final, anexo com diversos modelos de quesitos para crimes da competência originária do Tribunal do Júri e delitos conexos.

9 LEITURA DOS QUESITOS EM PLENÁRIO E RECLAMAÇÕES

Os quesitos elaborados pelo Juiz Presidente serão lidos em plenário, e as partes serão indagadas se têm reclamação ou requerimento a fazer seja sobre a inclusão ou exclusão de algum deles, seja sobre a sua redação, seja sobre a ordem de formulação (art. 484, *caput*). A controvérsia pode alcançar até mesmo a inclusão ou exclusão de teses defensivas, como causa de diminuição de pena ou as que importem em desclassificação da imputação original, por exigirem quesitos específicos.

Esse é o momento assegurado à acusação e à defesa para manifestarem a sua inconformidade sobre qualquer aspecto do questionário, sob pena de preclusão. Ocorre que, na

falta de reclamação, se considera que as partes não divisam qualquer possibilidade de prejuízo e, sem prejuízo, não se declara nulidade. As reclamações e requerimentos atendidos, ou não, devem constar em ata, para poderem ser apreciados pelo Tribunal, como preliminar, no caso de recurso das partes.

Essa questão tem sido reiteradamente enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, sempre com a mesma orientação: *“A ausência de reclamação ou de protesto torna preclusa a faculdade processual de a parte argüir qualquer nulidade eventualmente ocorrida. O silêncio da parte - que se mostra pleno de expressão semiológica - tem efeito convalidador dos vícios acaso verificados durante o julgamento, ressalvados os defeitos e irregularidades, que, por sua seriedade e gravidade, hajam induzido os jurados a erro, dúvida, incerteza ou perplexidade sobre o fato objeto de sua apreciação decisória. Precedentes. - Os protestos das partes - Ministério Público e acusado - não se presumem. Não de ser consignados na ata de julgamento (CPP, arts. 494 e 495), que traduz o registro fiel de todas as ocorrências havidas no curso do julgamento perante o plenário do Tribunal do Júri. A falta de protesto em tempo oportuno, resultante da inércia de qualquer dos sujeitos da relação processual penal, opera a preclusão de sua faculdade jurídica de reclamar contra eventuais erros ou defeitos ocorridos ao longo do julgamento.”* (STF, Hábeas Corpus nº 83107/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 11.03.2005).

Cabe à parte reclamante, quando sua reclamação não é atendida, requerer, expressamente, ao Juiz Presidente, que faça constar em ata a postulação e a decisão, devendo certificar-se de que isso realmente aconteceu. No caso da reclamação de uma das partes ter sido atendida pelo magistrado, caberá à parte contrária manifestar, se for o caso, a sua contrariedade e, requerer que ela conste em ata.

Sublinhe-se, mais uma vez, que nada constando em ata, nada poderá ser alegado perante a Instância Superior, eis que, nesse caso, presume-se a conformidade da parte reclamante. Na mesma linha do entendimento da nossa Corte Suprema: *“O silêncio da ata de julgamento - que deixou de consignar os incidentes eventualmente ocorridos - impede que sejam eles invocados, posteriormente, como causa geradora de nulidade processual. - As sugestões da Defesa concernentes à elaboração dos quesitos, desde que não discriminadas e nem identificadas, não têm o condão de configurar, de modo formal, a existência de protesto inibitório da consumação da preclusão processual. Protestos das partes, inclusive da Defesa, não se presumem. Não de ser especificamente lavrados e consignados na ata de julgamento sob pena de preclusão.”* (STF, Hábeas Corpus nº 69072/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04.09.1992).

Ressalva-se, apenas, a possibilidade de anulação do julgamento por defeito de quesitação quando a redação for de tal forma ambígua que possa induzir os julgadores em erro, dúvida ou perplexidade. Apenas nessa situação se há de reconhecer a nulidade do julgamento, mesmo porque se evidencia que o resultado da votação pode não expressar a vontade dos jurados. Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal: *“O silêncio das partes, durante o julgamento, apenas não sanará as irregularidades eventualmente registradas naqueles casos em que estas, por sua extrema gravidade, venham a induzir os jurados a equívoco ou a perplexidade sobre os fatos sujeitos a sua deliberação.”* (STF, Hábeas Corpus nº 68727/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 28.08.1992).

Embora a lei estabeleça que o magistrado deva explicar aos jurados, ainda em plenário, o significado de cada quesito (parágrafo único do art. 484), não é necessário que faça uma explicação detalhada de cada um. No que parece, serão mais produtivos os esclarecimentos prestados na sala especial, por ocasião da votação de cada um dos quesitos, momento em que o jurado terá bem presente o que está sendo decidido, em cada votação.

REFERÊNCIAS

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação* 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d.

STF, Hábeas Corpus nº 83107/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 11.03.2005.

STF, Hábeas Corpus nº 69072/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04.09.1992.

STF, Hábeas Corpus nº 68727/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 28.08.1992.

PROVA NO PROCESSO PENAL

Lúcio Santoro de Constantino¹

Desde que as modernas legislações abandonaram, pouco a pouco, as formas do processo inquisitorial, a antiga teoria das provas avaliadas *a priori* pela lei, foi tomando seu lugar, sendo substituída pela da convicção íntima do juiz. Não se duvida mais, hoje em dia, de que este fato constitua um fator de grande progresso nos juízos criminais.

Facilmente, porém, ao constataremos seus benefícios, poderemos cair no exagero.²

1 INTRODUÇÃO

Sob a dominação de uma postura inspirada em acentuado critério dispositivo, o comportamento do magistrado chegou a ser retratado na máxima *iudex iudicare debet allegata et probata partium*. Ou seja, o juiz deveria julgar com base nos fatos alegados e provados pelas partes, de sorte que lhe era vedado buscar fatos não referidos e cuja prova não tivesse sido postulada.

Porém, a moderna doutrina processual ocidental reclamou contra a concepção radical da disponibilidade probatória. E não poderia ser diferente, pois se a prova tem importância extrema, já que se constitui no meio de se chegar à cognição do suporte fático das pretensões litigiosas, ela é essencial para feitura da justiça. Assim, passou-se a mitigar, gradualmente, a lógica do raciocínio privatista, em nome das concepções de instrumentalidade e efetividade, do acesso à justiça (garantia cívica).

Por certo, o ideário contemporâneo de que o juiz deve evitar a injustiça, e não lamentá-la, não atinge o princípio da imparcialidade, sequer o sistema acusatório. O processo justo não é aquele firmado na esperteza de seus contendores e em uma mera imaginação que conclui um litígio jurídico debatido de teses e criador verdades judiciárias. O processo justo é o compromisso com a verdade. Daí a assunção de um juiz com comando oficial e compromisso com o verdadeiro.

Todavia, a verdade revela-se como ideal complexo ao conhecimento limitado do homem, já que implica uma revelação firmada, outrossim, por ciências, ideologias e filosofias de vida individual. É, em razão disso, ser inviável dizer-se sobre uma verdade absoluta e atemporal. E que digam Galileu, Newton, Einstein, Hawking, entre outros.

Logo, a adesão à verdade obriga a admissão de uma provisoriedade, sempre vinculada à precariedade do conhecimento. E é aqui que segue o trilho da verdade processual. Uma verdade que se esforça em se aproximar do maior contexto de aceitação, sem descuidar do respeito aos direitos. Porém, a verdade processual tem supedâneo na prova. A prova é o elemento, que leva

¹ Advogado criminalista. Especialista e Mestre em Ciências Criminais, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Processual Penal, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; na Universidade Luterana do Brasil; nas Faculdades Riograndenses e na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Autor de livros jurídicos.

² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das provas em matéria criminal*. Brasil: Booseller Editora, 1996.

ao conhecimento do juiz, os fatos pertinentes à causa. Por isso, se traduz em uma instituição de importância extrema, já que se constitui em elemento estruturante do pronunciamento judicial. A prova é o rascunho do decreto decisório

2 PROVA

Prova é a demonstração.

Conforme preceitua Paulo Rangel³, prova seria “o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, Juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes do fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”. A prova tem por objetivo formar a convicção do magistrado sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Como objeto de prova, ensina-nos Tourinho Filho⁴ que “são todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação. Somente os fatos que possam dar lugar à dúvida, isto é, que exijam uma comprovação, é que constituem objeto de prova”. Contudo, é certo que existem situações que desprezam a prova, pois o raciocínio lógico permite concluir os acontecimentos. Assim, independem de prova processual os seguintes fatos:

a) fatos notórios – são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade. Ex: o Natal se comemora em 25 de dezembro;

b) fatos intuitivos (ou axiomáticos) – são aqueles que se apresentam de maneira evidente, por si mesmo. Ex: quando a causa da morte resta evidente pelas lesões sofridas pela vítima;

c) presunções legais – são conclusões decorrentes da própria lei; tidas como verdadeiras pelo legislador, independentemente de provas. Ex: menor de 18 anos não tem plena capacidade de entender o caráter criminoso do fato, uma vez que a própria lei penal presume sua inimputabilidade, de modo absoluto. Não adianta, assim, tentar provar o contrário;

d) fatos inúteis – são aqueles fatos que não influenciam na solução da causa, na apreciação da verdade real.

Destarte, todos os fatos restantes devem ser provados, inclusive o fato incontroverso (admitido pelas partes), tendo em vista que o Juiz não está obrigado à aceitação do alegado, unicamente pelas partes. Nesse aspecto, é interessante destacar que se a acusação e a defesa acordarem sobre um acontecimento, o juízo penal, mesmo assim, poderá determinar feitura de prova, para confirmar o fato. Nessa esteira, é possível se estabelecer uma classificação para a prova, vinculando-a ao objeto, ao sujeito e à forma.

2.1 Quanto ao objeto:

a) diretas – quando se referir ao próprio fato probando. É aquela prova que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos, sem a necessidade de qualquer processo lógico de construção. Ex: prova testemunhal, laudo de exame de corpo de delito.

³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 413.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 507.

b) indiretas – são aquelas que não se dirigem ao próprio fato que se quer provar, porém, em virtude de raciocínio, que se desenvolve, chega-se a ele. Podemos citar os indícios e as presunções.

2.2 Quanto ao sujeito:

Relaciona-se com a pessoa ou com a coisa de quem, ou de onde, vem a prova. Pode ser:

a) pessoal – é toda afirmativa consciente, destinada a mostrar a veracidade dos fatos afirmados. Também pode ser dividida em direta e indireta.

b) real – é aquela originada dos vestígios deixados pelo crime. Ex: o ferimento da vítima; o arrombamento da fechadura.

2.3 Quanto à forma:

Relaciona-se com a maneira pela qual as partes apresentam, em juízo, a veracidade de suas manifestações. Divide-se em:

a) testemunha- é aquela que se firma em depoimentos. Ex. declarações da testemunhas.

b) documental- é aquela que se estabelece através de escritos. Ex. Escritura pública.

c) material - é aquela consistente em qualquer substância que sirva de elemento de convicção sobre o fato probando. Ex: os instrumentos utilizados para o crime.

Nessas condições, o meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo. Não há limitação, como regra, dos meios de prova no processo penal brasileiro. Dessa forma, é possível que as partes produzam outras provas, que não somente aquelas previstas na lei. Contudo, essa liberdade probatória sofre algumas restrições, estipuladas pela própria lei, a saber: art. 155, § único do CPP, referindo que com relação ao estado das pessoas, devem ser observadas as restrições à prova impostas pela lei civil; art. 158 do CPP, o qual exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixam vestígios, não admitindo nem que seja suprido pela própria confissão do acusado. Contudo, nem todas as provas serão admitidas no direito. Nessa esteira, emergem as provas proibidas.

3 ÔNUS DA PROVA

Com a redação dada pela Lei n.11.690/08, o art. 156, do CPP estabelece, em sua primeira parte, que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Entretanto, como esse dispositivo vem mitigado pelo princípio do Estado de Inocência, se reconhece que o autor tem obrigação de provar, cabalmente, a materialidade do crime e sua autoria (sob pena de restar absolvido o acusado por falta de provas ou insuficiência de provas), enquanto a defesa tem a faculdade de provar fatos extintivos, impeditivos e modificativos da relação jurídica litigiosa, já que pode, inclusive, ficar inerte, e em silêncio, sem prejuízo da absolvição do réu.

A segunda parte do artigo 156, do CPP prevê que é facultado ao *juiz de ofício* ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Bem como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências, para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Nessa perspectiva se estabelece, em nome da verdade real, a possibilidade do juiz agir sem provocação das partes, sem criar nulidade processual.

4 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

O procedimento probatório permite o reconhecimento de quatro momentos distintos:

a-Proposição ou Indicação: Relacionado com o momento do processo para produção da prova. As provas devem ser propostas com a peça acusatória, bem como com a resposta defensiva. Porém, em se tratando de prova documental, a regra é que, a qualquer momento, pode ser apresentada.

b-Admissão: É o ato processual específico e personalíssimo do juiz, o qual defere ou não a produção das provas propostas pelas partes, após examiná-las. Como regra, toda prova requerida pelas partes deve ser deferida, salvo quando protelatórias ou impertinentes.

c-Produção: As provas podem ser produzidas em momentos distintos do processo. Geralmente, são produzidas durante a fase de instrução processual.

d-Valoração: Juízo valorativo exercido pelo magistrado sobre as provas produzidas, conferindo a essas a importância devida, em consonância com sua convicção.

5 SISTEMA DE VERIFICAÇÃO DAS PROVAS

No exame da questão probatória, junto ao processo, vale destacar a série de sistemas que englobam a questão. Destarte, seguem as espécies pátrias de sistemas de verificação das provas:

a-Sistema da prova legal ou tarifada

É aquela cujo valor da prova já vem preestabelecido pela lei, não deixando margem para discricionariedade do magistrado. Exemplo: O casamento se prova com a certidão de casamento.

b-Sistema da certeza moral do Juiz ou da íntima convicção

Configura-se por ser o extremo oposto do sistema tarifado. O juiz tem ampla liberdade para proceder à avaliação das provas, segundo o seu íntimo convencimento, não sendo necessário que fundamente sua decisão. Esse sistema é adotado pelo Tribunal do Júri, no qual os jurados proferem seus votos, sem a necessidade de fundamentação.

c-Sistema da livre convicção ou da persuasão racional

O juiz possui liberdade para formar sua convicção, não estando fixado a qualquer critério legal de valores probatórios preestabelecidos, entretanto, faz-se necessária a devida fundamentação.

O direito processual penal preceitua, outrossim, aspectos vinculados às provas em espécie. Neste trilhar, o que veremos a seguir.

6 PROVAS EM ESPÉCIE

É possível se especificar a prova, desprezando-se um exame de maior cognição, da seguinte forma:

6.1 Interrogatório

O interrogatório, além de ser meio de defesa, se traduz como meio probatório, tanto que apresenta um discreto contraditório. O artigo 188, do CPP, trazido pela Lei n. 10.792/03, permite às partes, através do juízo, questionamentos pertinentes e relevantes para melhores esclarecimentos. Assim, no interrogatório, haverá participação dos sujeitos parciais, não se tratando mais de um ato privativo do juiz. E mais, como meio de prova, o interrogatório poderá ser utilizado como produção probatória defensiva. Tanto que o artigo 187, § 2º, VIII, do CPP esclarece que será perguntado ao interrogado se *tem algo mais a alegar em sua defesa*.

Com a redação do art.185, do CPP, dada pela Lei n.11.900/09, foi instituído o interrogatório por videoconferência. Conforme o referido dispositivo, haverá condições de o interrogatório vir a ser feito, através de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, quando for necessário para:

Prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

Viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

Impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

Responder à gravíssima questão de ordem pública.

6.2 Cartas particulares

O artigo 5º, XII, da CF, prevê a inviolabilidade do sigilo da correspondência. Já o artigo 233, do CPP, estabelece que as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo. Dessa forma, há limitações à produção dessa prova documental, eis que não pode o juiz deferir juntada de cartas particulares, obtidas ilegalmente. Entretanto, salienta-se que o parágrafo único do artigo 233, do CPP, admite que as cartas poderão ser exibidas, em juízo, pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário.

6.3 Gravações ambientais

Veja-se que a comunicação entre duas pessoas, junto ao meio ambiente, sempre resta assegurada pelos direitos fundamentais. Contudo, nos espaços públicos, existe efetiva redução na privacidade do indivíduo. Assim, forte nas circunstâncias do caso concreto é que se deve examinar a validação, ou não, da gravação clandestina, feita no local público.

6.4 Gravações feitas por um dos interlocutores

Por se constituir em uma conversa regular entre duas pessoas, que se aceitam como comunicador e receptor, em livre expressão de pensamento, é de ser admitida a gravação feita por uma das partes. Contudo, é inegável que a gravação telefônica promovida por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, traz a mácula da clandestinidade. Assim, deverá haver justa causa para tal produção probatória.

6.5 Interceptações telefônicas

O artigo 5º, XII, da CF, prevê que é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas salvo, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Por sua vez, a Lei n. 9.296/96 regulamenta o referido diploma constitucional.

6.6 Sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e dados

O artigo 5º, XII, da CF, prevê que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas salvo, no último caso, por ordem judicial, na forma da lei.

6.7 Prova feita com elementos físicos do acusado

É possível que a prova seja feita através de demonstrações firmadas em elementos físicos da própria pessoa como, por exemplo, sangue, urina, pele, etc. Ocorre que, para tais exames, é necessária a participação do investigado. Contudo, ele não resta obrigado a se submeter à produção probatória. É que tem ele, ao seu favor, a proteção contra a autoincriminação, razão que não pode ser compelido a promover prova contra si.

6.8 Prova emprestada

Prova emprestada é o nome que se dá à demonstração produzida em um feito e cedida à outro. Por exemplo: Depoimento de uma testemunha em um processo, aproveitado em outro. Tem se admitido como possível a utilização de prova emprestada no processo penal, desde que ambas as partes dela tenham ciência, e que sobre ela seja possibilitado o exercício do contraditório.

6.9 Perícia

Perícia é a prova promovida por técnicos, pois esclarece uma verdade que depende de conhecimentos específicos. É o perito quem tem o saber especializado sobre dado assunto. O art.159, do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.690/08, estipula que o exame de corpo de delito, e outras perícias, serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. Assim, a lei refere que a perícia seja feita por, somente, um perito oficial.

No que tange ao diploma de curso superior, destaca-se o art.2º, da Lei n. 11.690/08, estabelecendo que aqueles peritos que ingressaram sem exigência do diploma de curso superior, até a data de entrada em vigor dessa lei, continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos. De outra banda, o art.159, § 1º, do CPP, prescreve que na falta de perito oficial, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica, relacionada com a natureza do exame. Com a Lei n. 11.690/08, firmou-se a possibilidade de formulação de quesitos e indicação de assistente técnico, nos termos do art.159, § 3º e 4º, do CPP.

Outrossim, o art.159, § 5º, do CPP, possibilita às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam

encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;⁵

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

6.10 Confissão

Trata-se da assunção da responsabilidade do crime, declarada pelo indivíduo. Ou seja, ele assume ter praticado o delito.

Face ao princípio da verdade real, existente no processo penal, não se alberga a possibilidade de confissão ficta. A única confissão admitida é a real, ou seja, a própria declaração do acusado. Logo, se o termo de confissão, por exemplo, for firmado pelo defensor do réu, inclusive com poderes especiais para assim agir, essa confissão será ato inexistente juridicamente. É possível que a confissão seja divisível, sem provocar nulidade. Assim, o julgador poderá acreditar, em parte, no que foi dito pelo acusado.

6.11 Declarações do ofendido

As declarações, daquele que sofreu com o crime, são de grande interesse ao juízo e deverão ser colhidas para corroborar nos devidos esclarecimentos.

O art.201, do CPP, com redação dada pela Lei n.11.690/08, preceitua que sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se, por termo, as suas declarações. Já o parágrafo 1º estabelece que, se intimado para esse fim, deixar de comparecer, sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

Assim, as declarações do ofendido são importantíssimas, tanto que o mesmo será conduzido à solenidade, se deixar de comparecer.

Vale lembrar que as declarações do ofendido poderão ser tomadas por videoconferência.

6.12 Testemunha

Como pessoa que não é acusada e, tampouco, vítima, as declarações da testemunha são imperiosas ao feito. O artigo 203, do CPP, preconiza o compromisso da testemunha de dizer a verdade.

Em razão do disposto no artigo 207, do CPP, estão proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão devam guardar segredo. Contudo, o texto legal admite exceção à regra da proibição quando ocorrer, concomitantemente, a liberação por parte daquele, cujo segredo interessa e conveniência por parte do que deva guardar o segredo. Nessa situação, não haverá qualquer vício. Giza-se que o deputado ou o senador, nos moldes do artigo 53, § 6º, da CF, não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas, em razão do exercício de seu mandato.

⁵ O prazo não poderá ser confundido com o prazo estipulado no art.176, do CPP, estabelecendo que a autoridade e as partes poderão formular quesitos, até o ato da diligência.

O juiz não poderá recusar as perguntas das partes, sob pena de nulidade por ofensa ao contraditório ou à ampla defesa. Porém, o art.212, com redação dada pela Lei n. 11.690/08, dispõe que o juiz não admitirá perguntas que possam induzir a resposta, não tiverem relação com a causa, ou importarem, na repetição de outra já respondida.

Conforme o artigo 214, do CPP, a contradita ou a arguição de circunstâncias ou defeitos deverá ser feita antes de iniciado o depoimento. Ultrapassado esse momento, ocorrerá a preclusão. Nada impede que o defeito seja aquilatado pelo juízo, por ocasião da sentença. Giza-se que a testemunha poderá ser inquirida por videoconferência.

6.13 Reconhecimento de pessoas e coisas

Trata-se da identificação da pessoa ou coisa que se conheceu.

O artigo, 226 e seus incisos do CPP, estabelecem a forma a ser observada para o reconhecimento de pessoa.

O auto deve ser promovido de forma minudente, para permitir o contraditório entre as partes.

Destaca-se que o reconhecimento de pessoas poderá ser feito por videoconferência.

6.14 Acareação

Como o próprio nome identifica, trata-se de colocar *cara a cara, rosto a rosto*, pessoas, à fim de esclarecer ponto controvertido, existente nas declarações. O artigo 229 do CPP refere que a acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

O artigo 230, do CPP, prevê a acareação ficta, em que estando presente uma testemunha e ausente outra, cujas declarações divergem, se colherá o pronunciamento da testemunha presente, frente aos pontos de discordância, registrando-se no auto o que explicar ou observar. Mantendo-se a divergência, será expedida precatória para ouvir a testemunha ausente, sobre os pontos de divergência, bem como o texto do referido auto. Destaca-se que, nesse caso, a acareação poderá ser promovida por videoconferência.

6.15 Documento

É a afirmação feita por qualquer escrito.

Diz o artigo 231, do CPP, que salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos, em qualquer fase do processo. Entretanto, existirão ocasiões em que a apresentação de documentos não será possível como, por exemplo, após o término da instrução processual.

Com a Lei n.11.689/08, o art.479, do CPP, atinente ao procedimento do júri, preceitua que, durante o julgamento, não será permitida a leitura de qualquer escrito cujo conteúdo versar sobre a matéria fática a ser julgada pelos jurados, que não tiver sido juntado aos autos, com a antecedência mínima de três dias úteis, sob pena de nulidade. Com relação à exibição e à leitura de documento, em plenário, a lei busca evitar que a parte contrária seja pega de surpresa.

6.16 Índícios e presunções

Considera-se indício, de acordo com o art. 239, do CPP, toda a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autoriza, por dedução, concluir-se a existência de outra ou de outras circunstâncias. Assim, por exemplo, em um crime de trânsito, as marcas de frenagem, firmadas no solo, e os danos ocorridos no veículo, permitem concluir se o automóvel vinha ou não em alta velocidade.

A presunção, por sua vez, é um conhecimento que se depreende a partir da ordem normal das coisas, e que prevalece até uma prova em contrário. Ex. A presunção de inocência.

Os indícios e as presunções são espécies de provas indiretas. Possuem tanto valor como as demais provas, uma vez que, no sistema processual penal brasileiro, não existe hierarquia probatória. Contudo, por certo, deve o magistrado, para embasar um juízo condenatório, confrontá-los com os demais elementos probatórios constantes nos autos⁶.

7 Busca e apreensão

Trata-se de um meio probatório extremamente proveitoso. É a providência que, em primeiro momento, persegue e, em segundo, detém. Vem prevista no artigo 240, do CPP. Divide-se em domiciliar ou pessoal.

7.1 Busca e apreensão domiciliar

É a procura junto ao domicílio em que se acredita estar a pessoa ou a coisa, (artigo 240, §1º do CPP). Lembremos que o artigo 5º, XII, da CF, preceitua que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela pode penetrar, sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial. O mandado de busca, determinado pelo juiz, deverá observar os incisos do artigo 243, do CPP. O desrespeito a essas regras, e que causarem prejuízo, determinará nulidade.

Nos moldes do artigo 245, do CPP, as buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta. É cabível a utilização de força, a fim de vencer qualquer barreira, imposta contra o cumprimento do mandado. Logo, em caso de desobediência, poderá ser arrombada a porta e forçada a entrada (artigo 245, §2, do CPP). Resistindo o morador, será permitido o emprego da força (artigo 245, §3, do CPP).

A ausência dos moradores não será empecilho para o não cumprimento da medida. Nesse caso, será intimado o vizinho para acompanhar o arrombamento (artigo 245, §4 do CPP).

Preceitua o diploma legal que, os documentos que o advogado possui, relativos ao seu sacrário profissional, não poderão ser apreendidos. Inclusive o artigo 243, § 2º, do CPP, preconiza que não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito. Por sua vez, o artigo 7º, II, da Lei n. 8.906/94, com redação dada pela Lei n. 11.767 /08, estabelece a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua

⁶ É possível que a prova indiciária, por si só, fundamente atos decisórios do juiz, quando se tratar de fase processual em que vigore o princípio do *in dubio pro societate*.

correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

7.2 Busca pessoal

Trata-se da revista feita junto à pessoa, a qual se acredita possuir algo ilegal.

O artigo 240, §2, do CPP, preconiza que proceder-se-á à busca pessoal quando houver *fundada suspeita* de que alguém esteja na posse de arma proibida, ou de coisas relacionadas à delito. Nessa mesma esteira, segue o artigo 244, do CPP, estabelecendo que a busca pessoal independará de mandado, frente à *fundada suspeita* de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papeis que constituam corpo de delito, ou, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Veja-se que a lei não se referiu à expressão *provas cabais* ou *indícios suficientes*, mas apenas à perífrase *fundada suspeita*. A referência do legislador é junto à existência de elementos razoáveis, que apontem para a firme possibilidade de que a pessoa traga algo que não deveria. Logo, *fundada suspeita*, nada mais é do que uma simples probabilidade, admitida através de um raciocínio firmado, com elementos circunstanciais.

É de se ilustrar que a busca pessoal em mulher, em razão do respeito e proteção ao sexo feminino, será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência (artigo 249, do CPP).

8 PROVA POR DERIVAÇÃO

A nova redação dada pela Lei n. 11.690/08, o art.157, do CPP, preceitua que são inadmissíveis as provas ilícitas. Por sua vez, o parágrafo primeiro firma a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando puderem ser obtidas por fonte independente. Já o parágrafo segundo esclarece o que considera como fonte independente.

Nesse sentido, com a expressão inglesa *fruits of the poisonous tree*, da teoria norte-americana, se busca revelar que a vicissitude da árvore atinge os frutos, razão que restarão esses prejudicados, quando aquela for maculada. Ora, se a prova original é ilegal, a prova derivada dela, outrossim, será ilegal.

Destaca-se que prova por derivação é a demonstração que tem raiz em outra original demonstração. Ou seja, é a prova que resta produzida através de outra prova. O exemplo mais comum é o caso da confissão, em que o acusado resulta por dizer onde escondeu a arma do crime, a qual vem a ser, posteriormente, apreendida. Essa apreensão restará como prova derivada.

Quando a lei diz fonte independente, está se referindo àquela que leva ao conhecimento daquilo que a prova busca demonstrar, sem observar a mesma linha de desdobramento da informação anterior. Nessa esteira, é possível examinar o aval da suprema corte norte-americana sobre os limites que asseguram não estar a prova maculada pela contaminação com a anterior, a ilegal, construindo-se assim, uma interpretação lógica à legislação brasileira. Conforme o direito norte-americano, a prova derivada será admitida quando ocorrer:

- a) limitação da fonte independente (*independent source limitation*);

Quando a prova se origina de uma fonte autônoma, sem qualquer relação de dependência com a ilegalidade. Ex. A polícia ingressa em uma residência, sem mandado, e durante a invasão, com base nas informações colhidas anteriormente, obtém a ordem judicial e faz apreensão no interior do lar.

b) limitação da descoberta inevitável (*inevitable discover limitation*);

Quando for possível que a prova seja descoberta por outros meios. Ex. Através de uma confissão obtida por tortura se chega ao encontro da arma do crime. Porém, frente às investigações que existiam, se conclui que a arma seria inevitavelmente encontrada.

c) limitação da contaminação expurgada (*purged taint limitation*) ou conexão atenuada (*attenuated connection limitation*)

Quando a prova estiver viciada e surgir um determinado fato que venha a purgá-la. Ex. Agentes interceptam ilegalmente uma conversa telefônica e chegam até o criminoso que, de forma espontânea, confessa o delito.

d) limitação da boa-fé (*the good faith exception*)

Quando a prova for produzida com total pureza de intenção, que existe credo de se estar dentro dos termos legais. Ex. Cumpre-se o mandado de apreensão, o qual se acredita estar na forma da lei, porém, posteriormente, o mesmo é invalidado.

Destaca-se que as exceções trazidas pela teoria norte-americana *dos frutos da árvore proibida*, podem servir de paradigma para as necessárias interpretações da novíssima legislação brasileira.

9 ENCONTRO FORTUITO DA PROVA

Por fim, não é demais lembrar a questão da teoria do encontro fortuito da prova.

Oliveira⁷ prescreve, singularmente, que o encontro fortuito ocorre quando a prova de determinada infração penal é obtida, a partir de busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Ou seja, determina-se a busca de algo e, durante tal diligência, se encontra prova que, não relacionada à procura promovida, se vincula, estritamente, com outro fato delituoso.

A especial questão, junto ao encontro fortuito de prova é, por óbvio, aquela que se refere ao aspecto da legalidade. Daí é de se questionar se a prova obtida, através deste encontro fortuito, é válida. Para se responder a essa indagação é essencial se examinar a diligência. Se houver excesso na diligência, a prova estará prejudicada. Ou seja, se ocorreu ilimitação, na medida determinada com limitação, a prova encontrada restará como ilícita, uma vez que está fora da abrangência original. Exemplificando, podemos imaginar um juiz que, em face de investigação por crime contra propriedade imaterial, determina a busca dos bens fabricados pelo acusado. Entretanto, por ocasião do cumprimento do mandado, os oficiais resolvem procurar outras coisas, e entendem por apreender documentos atinentes à remessa de valores ao exterior, os quais não se relacionam com a procura originalmente determinada. Nessas condições, os documentos se revelam como prova proibida.

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.316.

Nesse aspecto, é fundamental se depreender que a lógica vinculada a tal teoria firma-se no controle e pedagogia da atividade persecutória das autoridades. Sendo assim, a legalidade do encontro fortuito da prova deve ser examinado com reservas.

10 CONCLUSÃO

O processo justo é compromisso com a verdade e essa se revela com determinada provisoriedade, mas sempre vinculada à prova que, por sua vez, compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca, nada mais é do que a reprodução dos fatos relacionados com a causa.

O ônus da prova resta distribuído no feito, e não impede que o juiz, no curso do processo, determine, de ofício, a realização de diligências para o esclarecimento da verdade. Isso não agride o sistema acusatório processual.

Como visto, a prova classifica-se pelo objeto, sujeito, forma, sendo também dividida em testemunhal, documental e material. Porém, as provas proibidas são aquelas produzidas com violação de regras de direito material, ou de direito processual, razão da inadmissibilidade. Um exame singelo sobre as espécies de provas admitidas em nosso direito, revela a quantidade expressiva de formas de demonstração.

A busca e apreensão é um meio de produção de prova, já que busca e apreende o objeto de demonstração. Por certo, eventual vício, nesse meio, outrossim, maculará a prova colhida.

Por sua vez, a prova por derivação é tema novo e requer um período de maturação. Dessa forma, o entendimento jurídico norte-americano é extremamente rico nas hipóteses de exceção, razão que poderá servir de base aos noviços entendimentos pátrios, sobre a matéria.

Nesse contexto, o encontro fortuito da prova, quando ocorrido a partir de uma diligência promovida em excesso, deve ser visto como ilegal. Essa revelação traduz a manutenção da precaução legal, frente à eventual ilegalidade, promovida pela autoridade, contra os direitos e garantias do indivíduo.

Por certo, é indiscutível o apreço que a processualística criminal possui, junto à questão probatória. E nem poderia ser diferente, pois sob essa base é que se firmam os juízos sentenciados. As demonstrações dos fatos, que merecem exame pelo magistrado, tornam-se essenciais para a vida do processo, e firmam aquilo que permite caracterizar o contemporâneo Estado Democrático de Direito: Justiça!

REFERÊNCIAS

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Brasil: Booseller Editora Ltda., 1996.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

A REFORMA PROCESSUAL PENAL PRODUZIDA A PARTIR DA LEI N.º 11.719/08 E SEUS REFLEXOS NO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO¹

Fábio Roque Sbardelotto²

1 INTRODUÇÃO

Vivemos em um país no qual o sistema jurídico tem sido constantemente objeto de inovações legislativas de toda ordem.

Constantemente são verificadas alterações na legislação vigente, fenômeno que nos permite concluir pela existência de uma intensa defasagem no arcabouço jurídico. Essa é, aliás, a mensagem transmitida pelo legislador, no desempenho de sua incansável tarefa de reformar a legislação em vigor dioturnamente.

Ocorre, no entanto, que o esforço realizado pelo legislador pátrio se apresenta um tanto desordenado, assistemático e, por isso, contraproducente em determinados momentos. Tem-se a impressão de que nosso legislador, apesar de desenvolver enormes esforços, lançou-se na tarefa de realizar uma obra sem haver um roteiro ou projeto que lhe permitisse produzir resultados com linhas harmônicas, com arquitetura definida e planejamento de resultados. Na comparação com a vida real, é como se existisse um prédio de apartamentos, que vai sendo demolido, para a construção de um novo empreendimento, pelos proprietários, cada um deles passando a sobrepor tijolos no novo imóvel, conforme sua vontade. O resultado, evidentemente, poderá comprometer a obra e o desiderato inicial do empreendedor.

Veja-se, desde logo, que nosso legislador lançou mão de três leis para modificar em parte o Código de Processo Penal, isso é, Leis n.11.689/08, n. 11.690/08 e n. 11.719/08, fatiando o processo reformador. Foi-se o tempo em que se conseguia reunir um grupo de juristas capazes de esboçar projetos sistematizados e completos, de codificação da legislação pátria.

O resultado da metodologia adotada, que produz leis reformadoras de maneira tópica e espaçada, sem ocorrer um liame entre os conteúdos e sequer o despertar para a possibilidade de contradições e incongruências é, por vezes, pouco alentador. Colhem-se frutos que representam avanços e, ao mesmo tempo, retrocessos, porquanto determinados dispositivos contidos nos textos legislativos apresentam-se conflitantes e fomentam interpretações díspares, conclusões divergentes e, ao final, a geração de inconformidades que serão manifestadas em forma de recursos e nulidades.

De qualquer sorte, temos de saudar a boa vontade do legislador e conviver com a realidade posta, buscando nos instrumentos legislativos, apresentados à sociedade o verdadeiro sentido da existência do processo penal, isso é, servir de sustentáculo eficaz para a aplicação do direito material que, em essência, destina-se a produzir paz social e bem estar aos cidadãos. Conforme será exposto, no cotejo entre as eventuais impropriedades que serão apontadas na novel legislação e o conjunto de normas revogadas, evidentemente, podem ser verificados avanços importantes. Porém, diversas incongruências deverão ser superadas.

¹ O presente texto faz parte do livro *Reformas do Processo Penal*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2008.

² Promotor de Justiça do RS.

2 PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

O legislador, no desenvolvimento da empreitada reformista do Código de Processo Penal, introduziu relevante acréscimo ao estabelecer, no parágrafo 1º, do artigo 394, que o *procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo*. Ora, quanto ao procedimento comum ordinário e sumário já havia referência expressa no anterior diploma legal. Agora, inseriu no Código a previsão de existência do procedimento comum sumaríssimo. Portanto, deixou o procedimento sumaríssimo de ser especial para ser taxado pelo legislador como uma das espécies de procedimento comum.

No inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 394, por sua vez, definiu que aludido procedimento deve ser aplicado às *infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei*. Em seguimento, duas outras normas merecem ser apontadas desde logo, porquanto relacionadas com o reconhecimento formal da existência do procedimento comum sumaríssimo no Código de Processo Penal. São elas o parágrafo 4º, do artigo 394, no sentido de que as *disposições dos arts. 395 a 398 desse Código aplicam--se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código*. Além disso, o parágrafo 5º, do mesmo artigo, determinando que se aplicam subsidiariamente aos *procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário*.

Analisando o panorama antes referido, conclui-se que a remissão à legislação ordinária, contida no inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 394, quanto à formatação do procedimento sumaríssimo refere-se à Lei n. 9.099/95 e à Lei n. 10.259/01, ambas relativas aos juizados especiais criminais. Lá são encontrados todos os atos processuais a serem realizados quando se tratar de infrações penais de menor potencial ofensivo de competência estadual e federal. Por isso, sem sombra de dúvidas, manteve-se o procedimento sumaríssimo, previsto na Lei n. 9.099/95.

Dessa forma, no âmbito dos juizados especiais criminais, preservada está a audiência preliminar, na qual poderá ocorrer composição civil dos danos, nos termos do artigo 74, da Lei n.º 9.099/95, transação penal, de acordo com o artigo 76 da mesma Lei, bem como a ocorrência de audiência de instrução e julgamento, quando será posto em prática o procedimento sumaríssimo propriamente dito, por meio da sequência dos atos elencados no artigo 81, da aludida norma.

Entretanto, inegável a necessidade de analisar a incidência dos artigos 395 a 397, do Código de Processo Penal, uma vez que o parágrafo 4º, do artigo 394, do aludido Código, determina a sua incidência a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados nesse Código. Por isso, podem os referidos dispositivos ser compatibilizados com o procedimento sumaríssimo, previsto na Lei n. 9.099/95?

Primeiramente, parece-nos de suma relevância anotar que a Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I, estabelece a aplicação às infrações penais de menor potencial ofensivo do procedimento *sumaríssimo* (sic). Dessa forma, o que ocorreu no inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 394, do Código de Processo Penal, foi unicamente o reconhecimento de que o rito sumaríssimo faz parte do procedimento comum, não se tratando de procedimento especial. O Código de Processo Penal apenas chancelou, assim, a regulamentação do procedimento sumaríssimo, *na forma da lei*, o que já existia na Lei n. 9.099/95.

Pois bem. Se a Constituição Federal determina a aplicação de procedimento *sumaríssimo* às infrações penais de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais, parece-nos que o parâmetro constitucional vincula o legislador ordinário a imprimir rito célere às aludidas infrações. O comando é constitucional. Não pode o legislador

infraconstitucional ordenar um procedimento que, mais do que sumário, é sumaríssimo. Assim sendo, a compatibilização dos artigos 395 a 397, do Código de Processo Penal, com o aludido rito passa, necessariamente, pela manutenção da necessária celeridade. Em outras palavras, não se poderá obter, como produto final da adaptação determinada no parágrafo 4º, do artigo 394, do Código de Processo Penal, ao procedimento sumaríssimo, para infrações penais de menor potencial ofensivo, resultado que não contemple a manutenção da necessária celeridade.

O que deve ocorrer, inicialmente, para compatibilizar os artigos 395 a 398, ao já existente procedimento sumaríssimo da Lei n. 9.099/95, é aplicar as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa estabelecidas no artigo 395, do Código de Processo Penal. Com isso, o juiz, na audiência de instrução e julgamento referida no artigo 81, da Lei n. 9.099/95, após a defesa oral do defensor, deverá apreciar se se trata de hipótese de rejeição liminar da inicial acusatória. Aliás, tal proceder já era possível anteriormente à reforma do Código. Apenas que a rejeição era prevista no artigo 43 do mesmo *codex*, agora revogado. Além do mais, são díspares as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa e de absolvição sumária. Por isso, preconizamos que o magistrado, caso receba a inicial acusatória, de plano decida se absolve sumariamente o acusado ou não.

Ainda, entende-se ser viável e até necessária a análise, pelo juiz, após o recebimento da denúncia ou queixa, da possibilidade de absolvição sumária do acusado, dentre as hipóteses elencadas no artigo 397, do Código de Processo Penal. Veja-se que a absolvição do acusado, sumariamente, só pode ocorrer após o recebimento da denúncia ou queixa. Não se pode cogitar de absolver alguém antes de tal acontecimento processual. A rejeição da inicial acusatória, ao contrário, pode e deve acontecer antes da admissibilidade da acusação.

Com relação ao artigo 396, que estabelece a existência de resposta escrita à acusação em 10 (dez) dias, após o recebimento da denúncia ou queixa³, parece-nos ser inviável sua aplicação ao rito sumaríssimo, previsto para as infrações penais de menor potencial ofensivo. Com efeito, a previsão de existência do aludido procedimento é constitucional (artigo 98, inciso I, da Constituição Federal). O Código de Processo Penal, em seu artigo 394, parágrafo 1º, inciso III estabelece a existência do rito sumaríssimo na forma da lei, devendo ser entendida como a Lei n. 9.099/95, já existente. Por isso, a despeito de o parágrafo 4º, do artigo 394 determinar a incidência a todos os procedimentos dos artigos 395 a 398 do Código de Processo Penal, o inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 394, do mesmo Código é norma especial em relação àquela, remetendo à lei a formatação do procedimento sumaríssimo. Assim sendo, há contradição entre o disposto no parágrafo 4º, do artigo 394 e a previsão contida no inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 394, ambos do Código de Processo Penal. O último remetendo à lei a formação do procedimento sumaríssimo. O primeiro, estabelecendo a inserção dos artigos 395 a 398, ao aludido procedimento.

Consoante já analisado anteriormente, não se poderá deturpar o procedimento sumaríssimo, a partir da reforma pretendida pelo legislador ordinário, se isso representar afronta à Constituição. E a Carta Maior determina o estabelecimento de procedimento *sumaríssimo*. (sic). A aplicação do artigo 396, ao procedimento sob análise, transformaria rito que deve ser absolutamente célere em rito mais amplo e moroso do que o próprio procedimento comum ordinário. Veja-se que se adotada a incidência do artigo 396, do Código de Processo Penal, no procedimento sumaríssimo estabelecido no artigo 81, da Lei n. 9.099/95, ter-se-ia que, em audiência de instrução e julgamento, após a defesa oral do advogado, o Juiz deverá decidir se recebe ou rejeita (artigo 395) a denúncia ou queixa. Recebendo-a, deverá citar o acusado para

³ Apesar de que, conforme já salientado quando da análise dos ritos comum ordinário e sumário, da possibilidade de interpretação no sentido de que a resposta do artigo 396 deva ocorrer antes do recebimento da denúncia ou queixa.

resposta escrita em 10 dias (artigo 396).⁴ Nesse momento, a audiência seria encerrada, aguardando-se a resposta do acusado em 10 dias. Com a resposta, o Juiz deverá analisar se absolve sumariamente o acusado (artigo 397, do Código de Processo Penal). Se não o absolver, deverá designar audiência de instrução e julgamento para encerrar o processo. Nela, ocorrerá a oitiva da vítima, se arrolada, das testemunhas da acusação, defesa, interrogatório, debates orais e sentença.

Evidentemente, a adaptação do artigo 396, do Código de Processo Penal ao procedimento sumaríssimo, repita-se, deturpa-o, afronta a necessária celeridade e, por consequência, a Constituição Federal. Nesses termos, sustenta-se a inconstitucionalidade do parágrafo 4º, do artigo 394, do Código de Processo Penal, quando determina a incidência do artigo 396 ao procedimento sumaríssimo, havendo afronta ao disposto no artigo 98, inciso I, da Constituição.

Não bastasse, no sentido da inviabilidade de aplicação do artigo 396 ao procedimento sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo, regulado na Lei n. 9.099/95, veja-se que o próprio artigo do Código faz referência, ao seu início, aos procedimentos *ordinário* e *sumário*. Portanto, o legislador, conscientemente, excluiu de seu conteúdo o procedimento sumaríssimo.

Em acréscimo substancial, ainda, diga-se que para as infrações penais de menor potencial ofensivo vigoram os princípios ou critérios da celeridade, informalidade, oralidade, simplicidade e economia processual (artigos 2º e 62 da Lei n. 9.099/95). Ora, a adaptação do artigo 396 ao rito sumaríssimo estabelecido no artigo 81, da Lei n. 9.099/95 seria contrária aos aludidos princípios. Portanto, sem a mínima possibilidade de sua aplicação.

Não se argumente com a tese da violação ao princípio da ampla defesa, porquanto se mantém a contestação oral do defensor, antes do recebimento da denúncia ou queixa prevista na abertura da audiência de instrução e julgamento, nos termos do artigo 81, da Lei n. 9.099/95. A inserção do artigo 396 no procedimento sumaríssimo acarretaria a existência de nova resposta, escrita, após o recebimento da inicial acusatória. Ora, ocorreriam duas respostas por parte da defesa, antes da ocorrência da instrução do processo. Sustenta-se, neste caso, que o excesso de manifestações defensivas antes do pronunciamento da acusação pode ser, inclusive, prejudicial ao réu, na medida em que haverá antecipação de teses que, por estratégia, devem ser reservadas para o momento oportuno. Para o exercício da ampla defesa, afigura-se suficiente uma manifestação, o que ocorrerá por meio da resposta oral, antes do recebimento da denúncia ou queixa. Evidentemente que o defensor deverá ser alertado, quando da citação do acusado (artigo 78 da Lei n. 9.099/95), que a resposta oral a ser produzida em audiência de instrução e julgamento, antes do recebimento da inicial acusatória, deverá conter argumentos destinados à rejeição da denúncia ou queixa e também à absolvição sumária do réu, caso recebida a peça acusatória. Com isso, preserva-se absolutamente o princípio da ampla defesa.

Ademais, nada impede que o juiz rejeite liminarmente a inicial, a teor atual do artigo 395, do Código de Processo Penal, o que já podia ocorrer anteriormente. Quanto à absolvição sumária (artigo 397, do Código de Processo Penal), que se constitui em verdadeira inovação, não se vislumbra, conforme já argumentado, qualquer conflito em ser aplicada após o recebimento da inicial acusatória. Com isso, acredita-se que haverá a mais ampla defesa ao acusado, acrescentando-se possibilidades ao já benevolente procedimento sumaríssimo existente na Lei n. 9.099/95. Por fim, veja-se que sob o pálio do rito sumaríssimo, já encontrado na aludida lei, o interrogatório do réu era o último ato na coleta da prova a ser realizado, em audiência de

⁴ Observe-se que, nesse caso, ocorreriam duas citações. A primeira por ocasião da audiência preliminar (artigo 78 da Lei n. 9.099/95), e a segunda em decorrência do artigo 396, do Código de Processo Penal.

instrução e julgamento. Tratava-se de proceder exclusivo, porquanto nos demais procedimentos então existentes o interrogatório era realizado ao início da instrução. Assim, o procedimento sumaríssimo do artigo 81 já contemplava o interrogatório ao final, sem que, doravante, haja prejuízos ao acusado.

Em suma, pode-se resumir da seguinte maneira a formatação do rito sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo, a partir da reforma em comento:

- 1º) Na audiência preliminar, preenchidas as formalidades legais, quando for o caso, deverá ocorrer tentativa de composição dos danos civis entre a vítima e o autor do fato, consoante o disposto no artigo 74, da Lei n. 9.099/95.
- 2º) Não ocorrendo a conciliação ou não sendo cabível, tem-se a possibilidade de propositura da transação penal, nos termos do artigo 76, da Lei n. 9.099/95.⁵
- 3º) Incorrendo a transação penal, porquanto não aceita ou ausente algum dos seus requisitos, poderá ser oferecida denúncia ou queixa oral.
- 4º) Com a denúncia ou queixa oferecida, o juiz deverá citar o acusado para a audiência de instrução e julgamento que será designada, nos termos do artigo 78, da Lei n. 9.099/95.
- 5º) Na abertura da audiência de instrução e julgamento, inicialmente, se não tiver ocorrido possibilidade de tentativa de composição dos danos civis e transação na audiência preliminar, deverá o juiz possibilitar que isso ocorra nesse momento, em consonância com o artigo 79, da Lei n. 9.099/95. Sustentamos a possibilidade de serem renovadas a proposta de composição dos danos civis e transação penal, ao início da audiência de instrução e julgamento, inclusive, quando tais benefícios tenham sido oportunizados na audiência preliminar sem sucesso pela negativa das partes em aceitá-los. Em se tratando de benesses despenalizadoras, a reiteração da proposta na abertura da audiência de instrução e julgamento ainda poderá evitar a ação penal.
- 6º) Superada a etapa do artigo 79 da supracitada Lei, procede-se de acordo com o artigo 81, isto é, o magistrado passa a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que receberá ou rejeitará a denúncia ou queixa.
- 7º) Se receber a inicial acusatória, deverá analisar a hipótese de absolvição sumária nos termos do artigo 397, do Código de Processo Penal. Não absolvendo o réu sumariamente, o juiz passará a ouvir a vítima, se arrolada, as testemunhas da acusação e da defesa, sucessivamente. Após, interrogará o réu para, ao final, ocorrer debates orais entre o autor da ação e a defesa. Apesar da omissão do legislador quanto ao tempo de alegações orais das partes no rito sumaríssimo do juizado especial criminal, deve-se adotar analogicamente o lapso estabelecido para o procedimento comum sumário, ou seja, 20 (vinte) minutos para cada parte, prorrogáveis por mais 10 (dez), a critério do Juiz. Finalizando, o magistrado deverá prolatar sentença em audiência.

Com o panorama apresentado, espera-se compatibilizar, da melhor forma, o procedimento sumaríssimo para as infrações penais de menor potencial ofensivo e os dispositivos acrescentados pelo Código de Processo Penal, contidos nos artigos 395 a 398, que devem ser aplicados a todos os procedimentos, no dizer do parágrafo 4º do artigo 394, do aludido Código.

⁵ Discute a doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade de ocorrer transação em ações penais privadas. Há flagrante divisão. Não se descarta, entretanto, a sua admissibilidade, haja vista o princípio constitucional da igualdade.

3 REMESSA DOS AUTOS DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL AO JUÍZO CRIMINAL COMUM

O artigo 548, do Código de Processo Penal, com a nova redação que a Lei n. 11.719/08 lhe conferiu, estabelece:

Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo.

Primeiramente, impende estabelecer em que hipóteses podem ocorrer a remessa dos autos pelo juizado especial criminal ao juízo criminal comum, à fim de se conferir aplicação ao dispositivo supra. São duas as situações.

A primeira delas, no artigo 66, da Lei n. 9.099/95, estabeleceu o legislador obrigatoriedade de haver citação pessoal do acusado em se tratando de infrações penais de menor potencial ofensivo. Por conseqüência, o seu parágrafo único também dispõe que, diante da impossibilidade de citação pessoal, deverá o juiz determinar a remessa dos autos ao juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei. Veja-se que em matéria de competência do juizado especial criminal, não foi permitida a ocorrência de citação por edital, em razão do princípio da celeridade que lá impera. Por isso, diante da impossibilidade de citação pessoal, haverá deslocamento da competência para o juízo criminal comum, com a remessa dos autos.

A segunda e última hipótese na qual tal fenômeno pode ocorrer, é prevista nos parágrafos 2º e 3º do artigo 77, da Lei n. 9.099/95, em suma, quando o juiz se deparar com fato complexo que dificulte o oferecimento da denúncia (§ 2º) ou que prejudique a célere instrução, quando da ação penal privada (§ 3º). Nesses casos, também motivados pela necessária celeridade, autorizou o legislador remessa dos autos ao juízo criminal comum, a exemplo do parágrafo único do artigo 66, da referida Lei.

Com isso, anteriormente à reforma implementada pela Lei n. 11.719/08, enorme celeuma existia na doutrina e jurisprudência acerca de qual procedimento deveria ser adotado quando do deslocamento da competência dos juzados especiais criminais ao juízo criminal comum, na medida da ausência de previsão legal para tanto. Agora, diante da redação do artigo 548, do Código de Processo Penal, inexistente qualquer dúvida. Deverá ser aplicado o rito sumário. Tal opção é óbvia, porquanto as infrações que tramitam perante o juizado possuem pena privativa da liberdade não superior a 2 (dois) anos. Sendo assim, com a remessa ao juízo comum, o procedimento a ser imprimido é o sumário, que se aplica às infrações com penas inferiores a 4 (quatro) anos.

O presente texto faz parte do livro “Reformas do Processo Penal”, Porto Alegre, Editora Verbo Jurídico, 2008.

RECURSOS E MEDIDAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL

Juliano Heinen¹

1 INTRODUÇÃO

O processo em geral, seja civil ou penal, obtém, quotidianamente, um remodelamento em sua estrutura. E, sem sombra de dúvidas, a área que mais tem sofrido com mudanças legislativas é a parte de recursos. Isso explica a nodal importância de se aprofundar o estudo desse tema.

O inconformismo é uma marca do ser humano. E esse sentimento torna-se muito mais agudo quando se obtém uma decisão desfavorável sobre um dos bens mais preciosos do indivíduo: a liberdade. Logo, pode-se facilmente perceber que os recursos estão e estarão presentes, no limiar do procedimento penal como corolário lógico do sistema arquitetado, sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Embora a garantia do duplo grau esteja apenas, implicitamente, assegurada pela Constituição Federal, é princípio constitucional autônomo, decorrente do próprio texto constitucional, quando este organiza o Poder Judiciário, em duplo grau, com a atribuição primordialmente recursal dos Tribunais. Assim, a garantia do duplo grau de jurisdição seria princípio constitucional implícito.

[...] nenhum ato estatal pode escapar de controle e, como tal, a revisão das decisões judiciais constitui postulado do Estado de Direito, através do qual se realiza o controle interno, exercido por órgão diverso do que julgou em primeiro grau, para aferir a legalidade e a justiça da decisão por este proferida.²

Nelson Nery Jr. considera que não há uma *garantia absoluta* ao duplo grau de jurisdição, até porque nenhum direito fundamental é absoluto. O autor manifesta seu entendimento da seguinte forma:

Com isto, queremos dizer que, não havendo garantia constitucional a um duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso, dizendo, por exemplo, não caber apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTNs (art. 34 da lei 6.830/80) e nas causas, de qualquer natureza, nas mesmas condições, que forem julgadas pela Justiça Federal (art. 4º da lei 6.825/80) ou, ainda, não caber recurso dos despachos (art. 504 do CPC).³

Entende-se que todos os direitos fundamentais possuem um grau de relativização⁴. Assim, se o duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional, ainda que implícita, pode-se

¹ Juliano Heinen. Procurador do Estado do RS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor de Graduação em Direito FAMES. Professor de Pós-Graduação/UNISC. Professor da Fundação Escola da Defensoria Pública do RS (FESDEP).

² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1998. p. 321. Posição referendada por SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 66, p. 85-129, s.d.

³ NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 170.

⁴ HEINEN, Juliano. Os níveis de relativização dos direitos fundamentais. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: ESMP, n. 55, p.153-72, maio/ago., 2005.

relativizá-lo, podendo existir jurisdições em o referido duplo grau, como ocorre, por exemplo, nos processos submetidos à competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF).

Dois são os princípios fundamentais atinentes aos recursos: *princípio da justiça* (possibilidade de ser perfeita a distribuição da justiça, quanto mais for reexaminada a decisão) e o *princípio da certeza jurídica* (que impõe a brevidade do processo). Um sistema de juízo único feriria o *devido processo legal*, que é garantia de qualquer regime democrático.

Não se tem, também, como negar o fundamento político do duplo grau de jurisdição: trata-se do controle interno, à fim de se aferir a legalidade e a justiça da decisão. O princípio do duplo grau significa, inclusive, que é proibido ao tribunal, em seu julgamento, manifestar-se à respeito de matéria não enfrentada pelo juízo de primeiro grau, suprimindo, assim, um grau de jurisdição. Sinala-se que o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o extraordinário, para o STF, não se enquadram na garantia do duplo grau, sendo outro seu fundamento.

Em nosso sistema processual penal prevalece o entendimento de que o duplo grau de jurisdição visa à correção do *error in iudicando* (erro do juiz no julgamento do mérito, que versa sobre as pretensões de direito material das partes), e também do *error in procedendo* (erro do juiz sobre questões processuais). Qualquer vício da decisão judicial é sanável por intermédio de recurso.

Cumprir destacar que os recursos são dirigidos a órgãos da jurisdição próprios para conhecê-los: há a *jurisdição inferior*, formada pelos juízes que conhecem do processo, desde o seu início; e há a *jurisdição superior*, exercida pelos órgãos a que cabem os recursos contra as decisões proferidas pelos juízes inferiores. Não significa, porém, uma relação de subordinação entre os juízes. Pode ocorrer, até, que os órgãos competentes para conhecer e julgar os recursos não se enquadrem na denominada jurisdição superior como, v. g., as *turmas de juízes de primeiro grau*, previstas na Lei 9.099/95.

Há preservação do princípio do duplo grau de jurisdição, que não exige o julgamento por tribunais de cúpula, mas pode ser satisfeito com a revisão da decisão, por órgão diverso do que julgou em primeiro grau. A revisão de uma decisão não, necessariamente, reclama *níveis de jurisdição*, podendo ter distinção apenas quanto ao julgador. Um exemplo é o que se denomina *apelação rotatória*, a qual é julgada por juiz do mesmo nível, mas diverso do que decidiu em primeiro grau, adotada pelo direito canônico.

2 CONCEITO DE RECURSO

Em linguagem jurídica, a palavra recurso é empregada no sentido de denominar todo o meio empregado pela parte litigante a fim de defender o seu direito, visando à reforma de uma decisão. É o meio ou o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação, ou apenas sua invalidação. Luiz Guilherme Marinoni, nesse sentido, refere:

Existem inúmeras maneiras de impugnação de atos judiciais, mas nem todas configuram hipóteses de recursos. Embora os recursos sejam uma via de impugnação de ato judicial, existem outros caminhos que podem ser utilizados para essa mesma finalidade, tais como o Mandado de Segurança, os embargos de terceiro, os embargos do executado e a ação rescisória.⁵

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006. p. 517.

No recurso, ao contrário do que acontece com outras vias de impugnação de decisão judicial, essa finalidade é obtida dentro da mesma relação processual, com vista à sua reforma, invalidação, esclarecimento ou integração, bem como para impedir que a decisão impugnada se torne preclusa, ou transite em julgado. A doutrina, reiteradamente, repete o conceito de recurso, ofertado por Barbosa Moreira, o qual merece ser destacado: *Recurso é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna para explicar os seus elementos*⁶.

Nesse contexto recurso é um conceito *jurídico positivo*, dependente do ordenamento jurídico. Logo, o conceito não está na esfera da teoria geral do recurso. É *remédio voluntário*, porque depende de um ato da parte que movimenta a prestação jurisdicional, estando fora do âmbito do *princípio do impulso oficial*. Assim, a remessa necessária disposta no Código de Processo Penal (CPP) não tem natureza de recurso⁷. Além disso, o recurso *não instaura processo novo*, como ocorre com as ações autônomas de impugnação (mandado de segurança, habeas corpus, etc.). Cândido Rangel Dinamarco entende que o recurso prolonga o estado de litispendência e não instaura processo novo⁸. O Professor Fernando Capez ensina que:

[...] recurso é a providência legal imposta ao juiz ou concedida à parte interessada, consistente em um meio de se obter nova apreciação da decisão ou situação processual, com o fim de corrigi-la, modificá-la ou confirmá-la. Trata-se do meio pelo qual se obtém o reexame de uma decisão.⁹

O recurso é considerado como sendo um conteúdo do direito da ação. É *aspecto, elemento, modalidade ou extensão do próprio direito de ação, exercido no processo*¹⁰. Nessas condições, pode ser considerado como um *direito potestativo processual*, uma vez que intenta modificar situações jurídicas, invalidando, revisando ou integrando uma decisão judicial. É um ato processual voluntário, interno à relação jurídica processual, no qual se forma o ato judicial atacado, apto a obter a anulação, a reforma ou o aprimoramento da decisão. “Meio voluntário de impugnação de decisões, utilizado antes da preclusão, e na mesma relação jurídica processual, apto a propiciar a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão”¹¹.

Sendo a justiça operada por homens e a falibilidade uma característica de todo o ser humano, razão bastante para os ordenamentos processuais, com o propósito de assegurar justiça, o quanto possível perfeita, propiciarem a possibilidade de reexame de suas decisões. Essa garantia, em primeiro lugar, satisfaz uma exigência psicológica humana. Ninguém se conforma com uma única decisão, ainda mais quando lhe seja desfavorável. Naturalmente, busca-se uma segunda ou terceira opinião. Em segundo lugar, não se pode negar a possibilidade de sentenças injustas ou ilegais, seja por erro ou por má-fé do julgador. Daí a segurança da justiça viabilizar o reexame das decisões, por meio de recursos.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 9, 1974. p. 191. No mesmo sentido: NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo, 1990. p. 22.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁸ Idem.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 384.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Por que existem os recursos? Se as decisões fossem proferidas por deuses ou semideuses, trariam elas a nota da infalibilidade. Mas quem as profere são os Juízes, homens, portanto, e, como tais, falíveis. Desse modo, o fundamento de todo e qualquer recurso, como dizia o Marquês de São Vicente, descansa na falibilidade humana. Ao lado disso há a necessidade psicológica: o recurso visa à satisfação de uma tendência inata e incoercível do espírito humano. Na verdade, em qualquer setor da atividade humana, ninguém se conforma com um primeiro julgamento. Se alguém procura um médico e este lhe diagnostica um mal mais ou menos grave, surge a dúvida no espírito do consulente: será que ele disse a verdade? Esse médico é realmente competente? E, ainda que o fosse, não teria errado?

Também na vida judiciária surgem para os litigantes as mesmas dúvidas, as mesmas apreensões, as mesmas desconfianças, e daí a necessidade de se adotar um meio de provocar o reexame da questão decidida: o recurso. O argumento que se levanta contra os recursos, no sentido de que se o órgão superior mantiver a decisão, se tornou inócuo, e, se a reformar, o recurso provocou decisões contraditórias, trazendo desprestígio à própria justiça, não resiste a uma análise séria.¹²

Uma decisão que não esteja sujeita à reexame, que não possa ser apreciada por outrem, constitui um mal porque é confiar demais na pessoa que a proferiu, olvidando-se da precariedade dos conhecimentos humanos, e da existência do erro, que é próprio do indivíduo¹³. “Recurso nada mais é do que o meio, o remédio jurídico-processual, pelo qual se provoca o reexame de uma decisão”¹⁴. Ou ainda: “Recurso é a providência legal imposta ao Juiz ou concedida à parte interessada, objetivando nova apreciação da decisão ou da situação processual, com o fim de corrigi-la, modificá-la ou confirmá-la”¹⁵.

3 AÇÕES AUTÔNOMAS DE IMPUGNAÇÃO:

As decisões judiciais podem ser atacadas também pelas chamadas *ações autônomas de impugnação*. Não se pode alegar que a distinção, entre os recursos e as ações autônomas de impugnação, está na existência ou não da coisa julgada. É certo que o recurso será sempre anterior à formação da coisa julgada, mas o inverso não é verdadeiro: existem ações autônomas oponíveis contra decisões não transitadas em julgado, como é o caso do **habeas corpus** e do mandado de segurança, contra ato jurisdicional.

No caso dos recursos, quando interpostos, não se instaura nova relação jurídica; já nas ações autônomas, configura-se o exercício de uma nova ação, com uma relação jurídica diversa, sendo essa sua diferença básica. Por ser ato de *voluntariedade*, o recurso, quanto à sua interposição, configura um *ônus processual*. Esse ônus sofre algumas atenuações:

- a) recurso de ofício (não guarda natureza de recurso);
- b) extensão dos efeitos do recurso ao corréu (art. 580 do CPP);
- c) princípio do *favor rei* (**reformatio in melius** - revisão da decisão, no recurso da acusação, para beneficiar o réu, ainda que este não tenha recorrido).
- d) utilização, a qualquer tempo, das ações de impugnação.

¹² TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.v.4, p. 305.

¹³ NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando Costa, op. cit., p. 304.

¹⁵ NORONHA, Edgar Magalhães, op. cit.

4 CLASSIFICAÇÃO DOS RECURSOS

Os recursos podem ser classificados de acordo com variados critérios, a saber:

4.1 Extensão da matéria impugnada

Os recursos podem ser a) *Totais*: quando atacam todos os pontos contidos na decisão, ou b) *Parciais*. Enfim, um recurso é considerado total, quando a impugnação abrange todo o conteúdo da decisão recorrida; é parcial, quando o recorrente impugna apenas parte dela.

4.2 Quanto aos seus fundamentos:

Os recursos podem ser com a) *Fundamentação livre* - quando a lei não fixa limites à impugnação, podendo o recorrente atacar todo e qualquer tipo de erro da decisão. Ex.: Apelação. b) *Fundamentação vinculada*: a lei exige que se aponte um erro que se enquadre na discriminação legal. Ex.: Recurso Extraordinário e o Recurso Especial - devem fundar-se nos arts. 102, III, ou 105, III, da CF.

Também pode ser a) *Recurso Ordinário*: É aquele que tem por objeto a proteção do direito subjetivo do recorrente; b) *Recurso Extraordinário*: Aquele que visa a proteger o direito objetivo. Exs.: Recurso Extraordinário e Recurso Especial.

5 PRINCÍPIOS GERAIS DOS RECURSOS

5.1 Princípio da taxatividade dos recursos

Os recursos dependem de previsão legal, de modo que o rol dos recursos e as hipóteses de cabimento configuram um elenco taxativo. A possibilidade de revisão das decisões judiciais deve ser prevista em lei. Sendo a garantia do duplo grau de jurisdição princípio inerente ao Estado de Direito, enquadrável no "devido processo legal", se da decisão de primeiro grau não couber recurso, ficará aberta ao interessado a via das ações autônomas de impugnação, que funcionarão como sucedâneo do recurso: o *habeas corpus* ou o mandado de segurança contra ato jurisdicional.

5.2 Princípio da unirecorribilidade das decisões

A regra geral é que a cada decisão corresponda um único recurso. Há casos, porém, em que a própria lei prevê, expressamente, o oferecimento de recursos, concomitantes e diversos, para impugnar a mesma decisão. É o que ocorre com a apelação e o protesto por novo júri, quando um crime comporta protesto e o outro não (art. 608 do CPP). E, para todos os processos, existem os casos de interposição simultânea do recurso extraordinário e do especial.

5.3 Princípio da possibilidade de complementação do recurso

O recorrente poderá complementar a fundamentação de seu recurso, se houver integração ou complementação da decisão, em virtude do acolhimento dos embargos de declaração. A preclusão consumativa não opera, porque os fundamentos da decisão só surgirão em sua inteireza, com a integração ou complementação a que os embargos de declaração deram margem.

5.4 Princípio da fungibilidade dos recursos (art. 579, CPP)

É o que se conhece pelo *princípio do recurso indiferente*. O recurso, erroneamente interposto pode ser conhecido por outro, desde que não haja má-fé. Há o aproveitamento do recurso. Porém, esse princípio só tem aplicabilidade quando se tratar de recurso de fundamentação não vinculada (apelação e recurso em sentido estrito). Não será aplicável quando se tratar de recursos com requisitos de admissibilidade próprios como, por exemplo, a apelação contra a decisão do Júri, o recurso extraordinário e o especial.

Se o recurso impróprio é interposto no prazo do cabível, há claros indícios de inexistência de má-fé, e o recurso pode ser aproveitado, nos termos do art. 579, CPP. Entende Ada Pellegrini Grinover que o aproveitamento do recurso deveria se dar, independentemente, da sua interposição no prazo correto¹⁶. Alega a doutrinadora que, dessa forma, estar-se-ia aplicando, verdadeiramente, o princípio da fungibilidade, pois se a parte soubesse do recurso correto, tê-lo-ia proposto no prazo condizente.

Na jurisprudência, porém, prevalece a posição que só admite o aproveitamento do recurso impróprio, se interposto no prazo do recurso cabível. Assim também é o posicionamento de Júlio Fabbrini Mirabete¹⁷. Reconhecendo o juiz, desde logo, a impropriedade do recurso interposto pela parte, deve mandar processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível (art. 579, parágrafo único). Quando o reconhecimento do equívoco ocorrer junto ao juízo *ad quem*, este deverá converter o julgamento em diligência, quando for o caso, para que se proceda de acordo com o que dispõe a lei, à respeito da tramitação do recurso admissível, v. g., com o recurso em sentido estrito, que impescinde do juízo de retratação.

5.5 Princípio da dialeticidade dos recursos

O recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contrarrazões, formando-se o contraditório. Porém, o art. 601, do CPP, permite que a apelação suba ao tribunal e seja julgada sem as razões, o que, segundo Ada Pellegrini Grinover, e outros¹⁸, infringe o princípio do contraditório. Contudo, o STF entende não induzir nulidade à circunstância de o advogado constituído do réu não haver contraditado o recurso do Ministério Público. Há decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS) que entendem que, nesse caso, o magistrado deveria nomear defensor dativo ao acusado, no sentido daquele ofertar as ditas contrarrazões. As razões de apelação podem ser oferecidas em primeiro ou em segundo grau (art. 600, § 4º, do CPP), sendo uma faculdade processual exclusiva da defesa.

5.6 Princípio da disponibilidade dos recursos

Sendo meio de impugnação *voluntária* das decisões, deveria decorrer sempre o poder de disposição. A regra da disponibilidade sofre, porém, exceções no processo penal, no qual a relação jurídica de direito material é de natureza indisponível.

A *renúncia*, anterior à interposição, impede que essa ocorra, antecipando a preclusão ou o trânsito em julgado. A *desistência* é sempre posterior à interposição, levando à extinção da via recursal. Tanto a renúncia como a desistência têm efeitos preclusivos, sendo irrevogáveis.

¹⁶ Op. cit.

¹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

¹⁸ Op. cit.

Mas a renúncia ao recurso, pela defesa, no processo penal, pode ser inválida. Isso ocorre quando houver colidência de vontades entre o réu e o advogado. Para Ada Pelegrini Grinover e outros¹⁹, deve prevalecer a vontade do defensor, que recorreu, não só em razão de seus conhecimentos técnicos, mas sobretudo para a melhor garantia do direito de defesa. Mirabete²⁰ entende que quando a renúncia parte do próprio réu, deve-se ter cautelas, devendo ser formalizada em termo próprio, ou perante o próprio juízo. A Súmula 705, do STF, afirma que, quando há colidência entre a vontade do defensor e a vontade do acusado, prevalece aquela.

Acredita-se que, na linha do que leciona Eugênio Pacelli de Oliveira²¹, o melhor seria verificar, caso a caso, se a ausência do recurso poderá implicar, ou não, infringência à garantia constitucional da ampla defesa. Não há de se fazer distinção entre defensor dativo ou constituído.

O Ministério Público, porém, não pode desistir de recurso que haja interposto (art. 576, CPP). Pode não interpor, mas se assim procedido, não pode desistir.

5.7 Princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias

A regra, no processo penal, é a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Porém, há exceções previstas no art. 581, do CPP, e outras trazidas em leis especiais. Tratando-se de decisões irrecorríveis, as interlocutórias poderão ser reexaminadas, em seu conteúdo, por ocasião do recurso, pois não serão atingidas pela preclusão.

5.8 Princípio da “personalidade dos recursos”

O recurso só pode beneficiar a parte que o interpôs, não aproveitando a parte que não recorreu, em regra. Quem recorreu não pode ter sua situação agravada, se não houve recurso da parte contrária. O recurso devolve ao tribunal, tão-somente, o conhecimento da matéria impugnada (*tantum devolutum quantum appellatum*).

5.9 Princípio da proibição da *reformatio in pejus*

O princípio da personalidade dos recursos, vem expresso, com relação ao réu, na parte final do art. 617, CPP. Assim, pelo recurso do réu e sem que haja recurso do Ministério Público, não pode ser agravada a situação do recorrente. Não se admite a ***reformatio in pejus***, nem mesmo com relação à matéria cognoscível de ofício - nulidades absolutas (Súmula 160 do STF). A jurisprudência dominante, inclusive, permite que a situação do réu que não recorreu seja melhorada pelo recurso exclusivo da acusação – *reformatio in melius*

5.10 Princípio da proibição da *reformatio in pejus* indireta

É princípio inerente à teoria geral dos recursos. Entende-se por decisão mais desfavorável àquela proferida no órgão *ad quem*, em cotejo com a decisão impugnada. A jurisprudência brasileira tem estendido a proibição aos casos em que a sentença venha a ser anulada, por intermédio do recurso do réu. O juiz que vier a proferir nova decisão, em lugar da anulada, ficará vinculado ao máximo da pena imposta na primeira sentença.

Porém, há decisões que entendem diversamente. Também Ada Pelegrini Grinover e outros²² alegam que não se pode restringir a nova decisão. Exemplificam com a sentença proferida por

¹⁹ Op. cit.

²⁰ Op. cit.

²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

juiz incompetente ou suspeito. Essa decisão limitaria a sentença do verdadeiro julgador. Estar-se-á, em qualquer hipótese, reconhecendo a influência de uma sentença nula sobre a válida. Segundo ensinamento do Professor Fernando Capez:

[...] anulada sentença condenatória em recurso exclusivo da defesa, não pode ser prolatada nova decisão mais gravosa do que a anulada. Por exemplo: réu condenado a um ano de reclusão apela e obtém a nulidade da sentença; a nova decisão poderá impor-lhe, no máximo, a pena de um ano, pois do contrário o réu estaria sendo prejudicado indiretamente pelo seu recurso. Este é o entendimento pacífico do STF (RTJ 88/1018 e 95/1081).

(...)

Obs.: No caso de a sentença condenatória ter sido anulada em virtude de recurso da defesa, mas, pelo vício da incompetência absoluta, a jurisprudência não tem aceitado a regra da proibição da *reformatio in pejus* indireta (...).

Segundo alguns julgados, não há proibição para o agravamento quando o processo for anulado por incompetência absoluta do julgador, e nos casos de incompetência constitucional, o que acarreta a inexistência jurídica da sentença. O STF afirma a impossibilidade de nova sentença aplicar pena mais grave do que a fixada em decisão anulada. A mesma orientação, porém, não tem aplicabilidade quando se trata de anulação de sentença proferida pelo Tribunal do Júri: a jurisprudência tem entendido que a regra não pode limitar a soberania do tribunal popular que volte a julgar a causa.

6 EFEITOS DOS RECURSOS:

Todos os recursos obstam ao trânsito em julgado da decisão impugnada. Assim, o primeiro efeito dos recursos é *impedir a preclusão*. A decisão de grau superior substitui sempre a recorrida, ainda que a confirme. A decisão sujeita a recurso é ato subordinado à *condição suspensiva* - a sentença nasce com todos os requisitos necessários à sua existência mas, de ordinário, privada de sua eficácia.

A questão dos efeitos dos recursos tem relevância fundamental no que concerne à prisão: a apelação da sentença absolutória tem efeito meramente devolutivo, não suspende a eficácia da decisão. Ao contrário, a apelação da sentença condenatória, pela defesa, tem efeito suspensivo, não podendo ocorrer antecipação dos efeitos executórios em razão do princípio da presunção da inocência.

6.1 Efeito devolutivo

O efeito devolutivo consiste em devolver ao tribunal *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada e também do que é cognoscível de ofício. É comum em todos os recursos. Há a transferência para a instância superior (eventualmente da mesma instância, como, v. g., nos embargos declaratórios) do conhecimento da questão impugnada. A devolução pode ser apreciada em sua *extensão* e em sua *profundidade*.

Quanto à extensão, o conhecimento do tribunal é limitado pela matéria impugnada pelo recorrente. Havendo matéria que o tribunal possa conhecer de ofício, não há impedimento ao órgão *ad quem* para que as aprecie. Não esquecer da Súmula 160, do STF, que afirma não ser possível reconhecer, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação. Aplicável, aqui, o brocado latim *tantum devolutum quantum appellatum*.

²² Op. cit., p. 419.

Quanto à profundidade, o conhecimento do tribunal é a maior possível. Dentro da matéria impugnada são plenos os poderes instrutórios do tribunal, não havendo supressão do primeiro grau de jurisdição. Quando o juiz, em primeiro grau, acolhe uma preliminar de mérito - prescrição - poderá o julgador de segundo grau, em a afastando, prosseguir no julgamento para decidir o mérito? Não. No processo penal, o mérito, propriamente dito, jamais terá sido examinado em profundidade e, afastada a causa de extinção da punibilidade pelo tribunal, o processo deverá voltar ao primeiro grau, para o julgamento do mérito da pretensão punitiva.

6.2 Efeito suspensivo

A interposição de recurso, em certas hipóteses, impede a produção imediata dos efeitos da decisão. Sinale-se, porém que, mesmo antes da interposição do recurso e pela simples possibilidade de sua interposição, a decisão ainda é ineficaz. A rigor, portanto, não é o recurso que tem efeito suspensivo, tendo antes o condão de prolongar a condição de ineficácia da decisão.

6.3 Efeito extensivo

Quanto ao efeito extensivo, que está previsto no art. 580, do CPP²³, deve-se ressaltar que o que impossibilita o processamento de coagente, não é a coisa julgada, que não o atinge. Mas, sim, a falta de justa causa, necessária para a instauração e o desenvolvimento de qualquer processo penal.

Segundo Damásio Evangelista de Jesus²⁴, a decisão do tribunal só pode estender-se ao coréu que não apelou em três casos:

- a) inexistência material do fato;
- b) atipicidade do fato ou este não constituir crime;
- c) extinção da punibilidade.

6.4 Efeito iterativo

Também não constitui efeito do recurso o denominado *efeito iterativo* (regressivo ou diferido), que consiste na devolução ao próprio juiz *a quo* do conhecimento da matéria impugnada, à fim de que o mesmo confirme ou modifique a decisão. Trata-se do juízo de retratação, que é um aspecto próprio do efeito devolutivo.

6.5 Trânsito em julgado da decisão recorrida: momento em que ocorre

Interessante essa questão considerando-se, principalmente, o dispositivo constitucional segundo o qual “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF). O recurso capaz de impedir os efeitos da coisa julgada é, apenas, aquele que era admissível.

Sendo juízo de admissibilidade positivo, fica suspensa a coisa julgada até decisão final. Mas, se o juízo de admissibilidade é negativo, tranca-se a via recursal e ocorre o trânsito em julgado, pois equipara-se à situação de o recurso não ter sido interposto. Recurso inadmissível

²³ “No caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará outros”.

²⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

não tem a virtude de obstar a coisa julgada: a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade. Não a partir da decisão que a pronunciou, pois essa é meramente declaratória.

7 DECISÕES SUJEITAS A RECURSOS

Os *despachos* estão excluídos da possibilidade de recurso. Diversamente do que ocorre no processo civil, em que as *decisões interlocutórias* são impugnáveis pelo agravo (art. 522, do CPC), no processo penal, a regra para as decisões proferidas no curso do processo, é sua irrecorribilidade, com as exceções do art. 581, do CPP, e outras presentes na legislação especial.

Em sendo recorrível a decisão, estará preclusa, na falta de impugnação. Nesse caso, a garantia do duplo grau de jurisdição se exerce desde logo, pelo controle do tribunal *ad quem*, evitando-se, assim, a preclusão. Mas, com relação às interlocutórias penais irrecorribíveis, seu conteúdo poderá ser reexaminado como preliminar de apelação, pois não serão atingidas pela preclusão. Podem, também, ser impugnadas via *habeas corpus*, mandado de segurança, correição parcial, etc. Salienta-se que todas as demais decisões são recorríveis.

7.1 Decisão inexistente

Havendo inexistência jurídica da decisão, ela não será apta a ser acobertada pela preclusão e, tratando-se de sentença, pela coisa julgada material. A rigor, o recurso não é necessário para impugnar a decisão inexistente, o que pode ser feito por simples petição. O mesmo princípio aplica-se as decisões interlocutórias inexistentes.

No caso da sentença inexistente, alguns doutrinadores entendem cabível o recurso, porém, se o recurso não for utilizado, não haverá preclusão, nem coisa julgada, podendo a inexistência ser declarada a qualquer tempo, como já referido²⁵.

7.2 O Direito intertemporal

Pode ocorrer que a lei superveniente crie algum recurso, ou suprima algum já existente, ou modifique os efeitos ou os requisitos de admissibilidade. O princípio fundamental é o de que a recorribilidade se rege pela lei em vigor na data em que a decisão foi publicada. A norma processual superveniente respeita os atos já praticados. Assim, se a lei nova concede recurso antes inexistente, a decisão permanece irrecorrível, mesmo que ainda não tenha decorrido o prazo para o novo recurso.

8 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO

8.1 Conceito

Denomina-se juízo de admissibilidade aquele que se declara a presença ou ausência dos requisitos. Chama-se juízo de mérito aquele que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula.

Só se passa ao juízo de mérito caso o de admissibilidade seja positivo. A questão relativa à admissibilidade é necessariamente preliminar à questão de mérito: a apreciação dessa fica

²⁵ ACOSTA, Walter P. *O Processo Penal*. Rio de Janeiro: Do Autor, 1990.

excluída se a primeira for decidida negativamente. O órgão *ad quem* não conhece do recurso quando o juízo de admissibilidade é negativo. Em conhecendo do recurso, o órgão *ad quem* poderá lhe dar provimento ou, então, lhe negar provimento, dependendo, nessa fase, da questão de mérito da causa.

Se o recurso não é conhecido, estabiliza-se a decisão do juízo *a quo* e a coisa julgada retroage. Mas se o recurso é conhecido, ainda que improvido pelo mérito, a decisão do órgão *ad quem* substitui sempre a decisão impugnada.

8.2 Objeto do juízo de admissibilidade e do juízo de mérito

O juízo de admissibilidade tem por objeto os requisitos necessários para que se possa, legitimamente, apreciar o mérito do recurso. Versa sempre sobre questões processuais atinentes à interposição do recurso.

O objeto do juízo de mérito, por sua vez, é o próprio conteúdo da impugnação à decisão recorrida. O mérito do recurso não corresponde ao mérito da causa, podendo versar sobre questões processuais anteriores à decisão ou dela emergentes.

8.3 Competência

O primeiro juízo de admissibilidade é do próprio órgão perante o qual se interpõe o recurso. Restringe-se, porém, à competência do juízo *a quo* para aferir da existência ou inexistência dos requisitos, no momento da interposição do recurso. Não estão sujeitas a seu controle as causas de inadmissibilidade superveniente ao recebimento do recurso, exceção feita à deserção. Vindo a faltar algum requisito, depois de admitido o recurso, mas antes da sua subida, não é possível ao juízo *a quo* negar-lhe seguimento.

Por outro lado, o órgão de interposição do recurso não poderá jamais subtrair do órgão *ad quem* o juízo de admissibilidade. Portanto, não havendo previsão legal de recurso admissível contra a decisão que rejeitar o recurso, não poderá o órgão *a quo* não dar prosseguimento ao recurso. Por conseguinte, enquanto o mérito do recurso é, em regra, objeto de uma única apreciação, o juízo de admissibilidade submete-se, em geral, a duplo controle.

8.4 Natureza e efeitos do juízo de admissibilidade

A natureza do juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, é essencialmente *declaratório*. O efeito é o de permitir, se positivo, o julgamento do mérito ou de impedi-lo, se negativo.

Mas, o juízo positivo de admissibilidade, na jurisdição inferior, não basta para assegurar ao recorrente o juízo de mérito, não ficando preclusa a reapreciação da matéria. Em não sendo conhecido o recurso, a situação equipara-se à que existiria se o recurso não tivesse sido interposto: a coisa julgada exsurge a partir da configuração da inadmissibilidade, e não a partir de sua declaração.

8.5 Juízo de mérito: competência e efeitos

O juízo de mérito é da competência exclusiva do órgão *ad quem*. Poderá, então, dar provimento do recurso, ou negar-lhe. Ao reformar a decisão recorrida, está reconhecendo o *error in iudicando* (quando a decisão recorrida não aplicou corretamente o direito material). Irá anulá-la, ao verificar a presença do *error in procedendo* (ou seja, quando a decisão recorrida não apreciou corretamente questões processuais).

No caso da reforma, a segunda decisão substitui a primeira, nos limites do conhecimento do órgão *ad quem*. Na hipótese de provimento do recurso para anular a decisão recorrida, o julgamento do juízo *ad quem* não coincide com o da jurisdição inferior, nem o substitui: o que existe é a sua cassação, para que o próprio órgão *a quo* profira nova decisão.

Sendo o recurso julgado em seu mérito, a decisão recorrida jamais passa em julgado. O que pode passar em julgado é sempre e só o pronunciamento do órgão *ad quem*, que substitui o da jurisdição inferior, no que foi objeto do conhecimento do tribunal.

9 CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

9.1 Possibilidade jurídica (cabimento)

A possibilidade jurídica ou cabimento corresponde às hipóteses legais de cabimento. Prende-se, também, a recorribilidade da decisão. Sendo irrecorrível a decisão, por não caber dela qualquer recurso, haverá impossibilidade jurídica de interpô-lo.

9.2 Legitimidade das partes para recorrerem

A legitimidade deve ser analisada em dois aspectos. Quanto ao *acusado*, ele legitimado autonomamente aos recursos, e não apenas na pessoa de seu procurador ou defensor. O réu tem legitimação para recorrer - já que é parte - e também o CPP lhe outorga capacidade postulatória, podendo interpor recursos, independentemente da intervenção de seu advogado, constituído ou não. O defensor, constituído ou nomeado, tem, além da capacidade postulatória, legitimação para recorrer, exercendo-a em nome do réu.

O Código inovou, portanto, com relação aos esquemas costumeiros da capacidade processual e da legitimação. A legitimação é autônoma e concorrente (ou disjuntiva). O direito de defesa se desdobra em duas facetas: defesa técnica e autodefesa (art. 577, CPP).

Quando havia colidência de vontades entre o acusado e seu defensor, havia jurisprudência divergente na matéria. Alguns entendiam que prevalecia a manifestação técnica do defensor; outros, em posição oposta, aduziam que a vontade do réu devia prevalecer se tomada por termo a renúncia, na presença do defensor. Tal sistemática foi pacificada pela Súmula 705, do STF, que mencionou ser prevalente a vontade da defesa técnica.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover e outros²⁶ defendem que deve prevalecer a vontade de recorrer, pois pelos recursos, ao menos em tese, só pode ser alcançada situação mais favorável. Porém, é possível que, no caso concreto, o recurso não possa levar a nenhuma vantagem prática para o réu. Por esse motivo, deve-se analisar o interesse-utilidade, no caso concreto, do recurso.

Quanto à legitimidade do *Ministério Público*, afirma-se que este pode recorrer como parte ou como fiscal da lei. Por esse motivo, é legitimado os recursos que interpuser, em benefício do réu.

Já o ofendido ou os sucessores também têm legitimidade para recorrer. Se o ofendido tiver ingressado no processo como assistente, já passou a figurar como parte. Mas, se intervier no processo, no momento de recorrer, equivale à figura do terceiro prejudicado. O ofendido é o

²⁶ Op. cit.

sujeito passivo da infração penal. Tem legitimidade para recorrer, especialmente, quando figurar como querelante.

Destaca-se que a Súmula 208, do STF, impede o assistente de acusação de recorrer, extraordinariamente, da decisão concessiva de *habeas corpus*. A Súmula 210, ao contrário, admite o extraordinário, se a decisão recorrida tiver como conteúdo os arts. 598 e 584, §1º, do CPP.

Há, ainda, outros legitimados para ofertar recursos: o síndico e qualquer credor do falido, nos delitos falimentares. Questão interessante diz sobre os legitimados à assistência, pelo art. 80, do Código de Defesa do Consumidor. Teriam eles legitimidade para recorrer, a teor do art. 598, do CPP, se não se habilitaram como assistentes? Entendem Ada Pelegrini Grinover e outros²⁷ que sim, já que o termo *ofendido* diz com o sujeito passivo da infração penal, permitindo-se estendê-lo aos corpos intermediários, incumbidos da defesa dos direitos, atinentes às relações de consumo.

9.3 Interesse em recorrer

A noção de interesse está inclusa no binômio *adequação mais necessidade ou utilidade*. O recurso interposto deve ser adequado a assegurar a utilidade, visada pelo recorrente.

O sistema brasileiro não prevê a possibilidade de o réu, cuja punibilidade foi declarada extinta, pretender sentença absolutória. Há alguns juízes que entendem ter o réu direito subjetivo a ver-se absolvido, mesmo estando extinta a punibilidade.

O interesse de agir é identificado com o fato de ter ficado *vencido* o recorrente, tendo relação com a sucumbência, com o gravame, com o prejuízo. Porém, o sistema processual penal também legitima aos recursos terceiros, não sendo nem vencidos, nem sucumbentes, assim como não o é o Ministério Público quando recorre em benefício do réu.

Só se admite recurso, via de regra, contra o dispositivo, e não contra a motivação da sentença. Isso significa que é irrelevante que o juiz se tenha apoiado, total ou parcialmente, em argumentos diversos dos sugeridos pelo litigante, a favor do qual, no entanto, decidiu. Há casos excepcionais em que o sistema legal atribui importância prática à motivação, como, v.g., para a sentença que absolve, por falta ou insuficiência de provas, em ilícito que pode gerar pedido de indenização.

O Ministério Público pode recorrer como parte parcial e como órgão da justiça, ou fiscal da lei, como já referido. Há quem diga que o Ministério Público não pode recorrer em favor do acusado, se a matéria é de prova e o que se discute é a justiça ou injustiça da decisão. Porém, esse não é o entendimento de Lúcio Santoro de Constantino²⁸, pois aduz que o interesse do Ministério Público é a defesa da ordem jurídica, que compreende não só a legalidade mas também a justiça das decisões judiciais. E mais, alega que o Ministério Público tem legitimidade para, até mesmo, recorrer a fim de ver reconhecida nulidade relativa que só à defesa interesse, pois o órgão ministerial tem interesse na constituição de um título válido. Diferentemente, entende Mirabete, mencionando que: "A amplitude que se deve atribuir ao Ministério Público não vai, entretanto, ao ponto de possibilitar o recurso de nulidade, que só à defesa interessa"²⁹.

²⁷ Op. cit.

²⁸ *Recursos criminais, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

²⁹ Op. cit.

Havendo recurso da defesa, com o mesmo objeto que o recurso do Ministério Público, o recurso desse deve ser considerado prejudicado, prevalecendo o do acusado. Também não pode o MP recorrer com relação aos crime de ação penal exclusivamente privada, ainda que na qualidade de órgão da justiça, se a sentença foi absolutória. Prevalece o princípio da disponibilidade da ação, exclusivamente privada. Porém, se a decisão foi condenatória, pode o órgão ministerial apelar para aumentar a pena, na função de *custos legis*³⁰.

Um réu não tem legitimidade para recorrer, visando à agravação da pena do outro, segundo entendimento de Damásio de Jesus³¹. Quanto ao ofendido, pode o assistente arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público (arts. 600, § 1º, 598, 584, § 1º, todos do CPP, e Súmulas 208, 210 e 448, todas do STF).

O ofendido que não havia, ainda, intervindo no processo, terá seu recurso como supletivo, não podendo recorrer se já houver recurso do Ministério Público. Mas, se o recurso do *parquet* é parcial, poderá recorrer de outro capítulo da sentença.

Confira a seguinte controvérsia: o assistente tem interesse-utilidade em pleitear o aumento da pena, ou em requerer a revogação de benefícios penais, como o *sursis*, na hipótese de faltar recurso do Ministério Público? Entendem Ada Pellegrini Grinover e outros³² que, com relação à condenação, o ofendido tem o mesmo interesse-utilidade da parte principal, na justa aplicação da pena.

Já com relação à revogação de benefícios penais, como o *sursis*, a atividade de colaboração do ofendido com a justiça esgota-se, no nosso sistema processual, com a condenação. Advoga-se, ainda, que o ofendido e seus sucessores não intentem somente gerar título judicial para execução civil (buscando uma indenização). Caso não fosse permitido ao assistente de acusação recorrer de aspectos relativos, por exemplo, à pena, não se poderia, da mesma forma, admitir que o ofendido, ou seus sucessores, pudessem habilitar-se em processo de réu pobre.

Paulo Lúcio Nogueira³³ entende que o assistente não pode recorrer para agravar a pena imposta, pois sua pretensão, ao habilitar-se no processo, é justamente obter a condenação. Não tem ele real interesse nesse recurso. Cabe salientar que existem decisões para ambos os lados (RT 588/341, RT 565/383, RT 647/331, RT 642/333).

Quanto ao *defensor dativo*, afirma-se que não é possível obrigá-lo a recorrer, segundo o entendimento dominante do STF. Trata-se de uma faculdade do defensor de apelar ou não da sentença condenatória, contra o seu assistido. Há quem entenda que a sentença não transita em julgado, se o defensor dativo não apelar (minoria). Quanto à apresentação das razões recursais, por parte do defensor dativo, é entendimento dominante que é obrigatória, devendo o juiz nomear novo defensor ao réu, caso não seja arrazoado o recurso.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

³¹ Op. cit.

³² Op. cit.

³³ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões processuais penais controvertidas*. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1995.

10 PRESSUPOSTOS RECURSAIS

10.1 Investidura do juiz ou tribunal

Mais do que pressuposto de validade, pode ser considerado pressuposto de existência da relação processual. Se o recurso for julgado incompetente pelo tribunal, a relação procedimental da impugnação será, mais que inválida, inexistente.

10.2 Capacidade para ser parte

É a capacidade estabelecida no Código Civil. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, criou mais uma pessoa formal, no art. 82, III, conferindo legitimação e capacidade de ser parte às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que destituídos de personalidade jurídica.

10.3 Capacidade de estar em juízo

Se a pessoa não for capaz, haverá necessidade de representação, ou assistência pelos pais, tutores ou curadores, na forma da lei. A capacidade de estar em juízo - e de recorrer - no processo penal, do menor de 18 anos, na queixa-crime, dependerá da representação do pai.

10.4 Capacidade postulatória

O *jus postulandi* é, via de regra, reservado ao advogado. Porém, com relação aos recursos penais, deve-se observar que o art. 577, CPP, outorga ao réu legitimação concorrente e autônoma, investindo-o igualmente de capacidade postulatória. O acusado pode interpor o recurso, independentemente, da intervenção do advogado.

Não se pode considerar haver afronta ao art. 133, da Constituição Federal, pois somente visa a facilitar o exercício da autodefesa. Após a interposição do recurso pelo réu, o advogado deverá ser intimado - constituído ou nomeado - para que, se não tiver interposto seu recurso autônomo, arraque aquele interposto pelo acusado (e, nesse caso, muito embora considere-se a menção dos arts. 589 e 601, ambos do CPP, há obrigatoriedade na apresentação das razões recursais). Não há necessidade de outorga de poderes especiais para que o defensor exerça o direito de recorrer.

10.5 Regularidade e forma da interposição dos recursos

As formas não podem sufocar as finalidades do processo, devendo ficar resguardado o princípio maior do duplo grau de jurisdição e do controle das decisões judiciárias. A jurisprudência tem se manifestado aduzindo que inexistente forma sacramental, e rígida, para a interposição do recurso, o qual se considera interposto, sempre que se caracteriza a clara intenção de recorrer.

Em alguns casos foram admitidos recursos em que o defensor dativo, ao ser intimado, escreveu, no próprio mandado, "apelo", ou em que o réu, sem formular petição, manifestou seu inconformismo com o julgado, pedindo vista dos autos para recorrer ou, ainda, em que o Ministério Público declarou, no plenário do júri, intenção de recorrer, mesmo que isso não tivesse constado de ata. Admissível, também, o recurso por cota, nos autos.

Não há necessidade de consignar, na interposição do recurso, as razões de recorrer, pois esse recurso pode subir sem as referidas razões (arts. 589 e 601). Mas existem julgados que reputam as razões como peça essencial para a defesa (porém, se não apresentadas, o recurso será conhecido, determinando-se a devolução dos autos, para que sejam elaboradas).

Em segundo grau, porém, o recurso será sempre interposto por petição, sendo escrita sua forma e não sendo conhecido, caso esteja desacompanhado de razões. Há a possibilidade de a “petição” a que alude o art. 578, CPP, seja apresentada por meio de telex ou telefax, aplicando-se analogicamente o art. 374, do CPC. Alguns entendem que, após a interposição, exige-se a apresentação sucessiva do original, sobretudo quando se trata de fax, sujeito a apagar-se. Quanto à tempestividade, ver no próximo item. Discute-se, ainda, a possibilidade de se interpor recurso via correio eletrônico, estando o Poder Judiciário a se estruturar nesse sentido.

10.6 Tempestividade - prazos recursais

É tempestivo o recurso oferecido dentro do prazo estabelecido em lei. Na dúvida, deve se decidir em favor da admissibilidade do recurso. Os prazos recursais são contínuos e peremptórios, não se interrompendo nos domingos e feriados. Discutia-se se os prazos continuavam a correr durante as férias forenses – querela essa que foi sedimentada pela Emenda Constitucional nº 45/04, a qual pôs fim às férias forenses.

O termo inicial para a fluência do prazo recurso, quanto ao Ministério Público, conta-se na forma do art. 798, § 5º, do CPP. Deve ser combinado com o art. 800, § 2º, do mesmo código, fluindo o prazo recursal do dia da intimação do órgão ministerial, ou do dia em se manifesta nos autos, ciência inequívoca da decisão. O STF já decidiu que o prazo de início do recurso começa quando ocorreu o recebimento administrativo dos autos, no âmbito das dependências do Ministério Público, independentemente, da ciência do Promotor de Justiça ou do Procurador da República.

Quanto ao réu e seu defensor, para garantia da amplitude de defesa, faz-se necessária a intimação de ambos, fixando-se o termo *a quo* no dia da segunda intimação. Não se computa, no prazo, o dia do começo, mas se conta o dia do vencimento. Súmula 310 do STF: “Quando a intimação tiver lugar na sexta-feira, ou a publicação com efeito de intimação for feita nesse dia, o prazo judicial terá início na segunda-feira imediata, salvo se não houver expediente, caso em que começará a contar no primeiro dia útil que se seguiu”. Quando o réu for intimado da sentença, por *precatória*, inicia-se a contagem do prazo na data de sua juntada aos autos, devidamente cumprida, e não da data em que o réu foi efetivamente intimado.

Atentar para a prerrogativa concedida pela Lei nº 7.871/89, ao Defensor Público, ou a quem exerça cargo equivalente. Esses serão intimados, pessoalmente, a todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro, todos os prazos.

10.7 Prazos peremptórios, ônus do recorrente e preclusão temporal

A interposição do recurso, dentro do prazo, representa um ônus para o recorrente, sendo certo que a intempestividade acarreta a preclusão temporal, levando ao não conhecimento da impugnação. Não serão prejudicados, a teor do art. 575, CPP, os recursos que, por erro, falta ou omissão dos funcionários, não tiverem seguimento ou não forem apresentados dentro do prazo. No mesmo sentido, a Súmula 428, do STF, diz que: “Não fica prejudicada a apelação entregue em cartório no prazo legal, embora despachada tardiamente”.

Onde existir protocolo, valerá a data desse, inclusive no que tange ao protocolo integrado, com a existência, muitas vezes, de convênio com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. O STF e o STJ, porém, têm assentado que os recursos a eles dirigidos somente podem ser protocolados no tribunal que proferiu o acórdão recorrido, ou via correio, sendo que, nesse no último caso, vale da data da *chegada* do recurso à corte, e não a *data da postagem*.

Quanto à tempestividade do recurso interposto por fax, firmou-se o entendimento de que o recurso se considera interposto na data da entrega ao cartório, ficando, porém, o recorrente sujeito a apresentar o original. Ada Pelegrini Grinover e outros³⁴ não concorda com aqueles que entendem que o original deva ser apresentado até o último dia do prazo, pois, dessa forma, perderia utilidade o oferecimento do recurso por essa via.

Aferida a intempestividade do recurso, em qualquer caso, o próprio órgão jurisdicional, a quem competiria recebê-lo, deve negar-lhe seguimento. Somente no caso de carta testemunhável terá seguimento (art. 642, CPP). São atos impeditivos do conhecimento dos recursos a *preclusão* e a *renúncia*. São atos extintivos a *desistência* e a *deserção*.

A preclusão pode ser temporal, lógica ou consumativa. A primeira, ocorre quando decorre *in albis* o prazo para recorrer, bem como quando a interposição é intempestiva. A preclusão consumativa consubstancia-se quando já houve interposição válida do recurso. A questão liga-se à problemática da unirecorribilidade das decisões e da variabilidade dos recursos. A preclusão lógica decorre da prática de um ato processual, incompatível com a interposição do recurso.

A *deserção* pode ser falta de pagamento das custas ou por fuga. A *deserção* por fuga vem prevista no art. 595, do CPP, para o caso de réu condenado, sem direito a apelar em liberdade, que foge após a interposição do recurso. Porém, tal posição é questionada pela doutrina e pela jurisprudência.

O art. 806, § 2º, CPP, contempla a *deserção* por falta de pagamento das custas, compreendendo o preparo dos recursos. O réu pobre e o Ministério Público estão dispensados das custas.

Aferida a ocorrência de fatos impeditivos e extintivos, o próprio órgão jurisdicional, a quem competiria receber o recurso deve declarar sua inadmissibilidade, e negar-lhe seguimento.

11 “RECURSO” DE OFÍCIO

Há quem considere que o “recurso de ofício” não seria uma forma recursal, mas um elemento dos recursos em geral. É uma exceção ao princípio da voluntariedade dos recursos. É chamado de *recurso obrigatório* ou *necessário*. A decisão que está sujeita ao reexame necessário não transita em julgado, quando for omitido (Súmula 423, do STF).

Tratando-se de recurso de ofício, desnecessário seja ele fundamentado, o juiz não precisa dizer das razões que o levam a recorrer. Também não se deve intimar as partes para o arrazoarem. Não está a sua interposição sujeita a prazo, podendo o tribunal tomar dele conhecimento em qualquer momento.

Muito se discutiu à respeito desse recurso, aduzindo que estar-se-ia ferindo dispositivo constitucional (art. 129) o qual prevê que, ao Ministério Público, cabe promover privativamente a ação penal pública. Porém, permeneceu em nossa legislação, tendo aplicação por tratar-se de reexame obrigatória, sem o qual não transita em julgado a sentença.

O artigo 574, do Código de Processo Penal, estabelece:

Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos de ofício, pelo juiz:
I – da sentença que conceder *habeas corpus*;

³⁴ Op. cit.

II – da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do artigo 411.

Há ainda outras hipóteses de cabimento de recurso de ofício, além das mencionadas no artigo 574, do Código de Processo Penal:

- sentenças absolutórias referentes aos crimes contra a economia popular ou à saúde pública;
- despachos que determinarem o arquivamento dos autos do inquérito policial, referentes a esses crimes;
- indeferimento *in limine* da revisão pelo relator que dará recurso para as câmaras reunidas ou para o tribunal (artigo 625, § 3.º, do Código de Processo Penal);
- decisão que conceder a reabilitação.

12 CONCLUSÃO

Diante do contexto apresentado, pode-se perceber que a matéria recursal tem sofrido inúmeras alterações, o que demonstra a importância do estudo do tema. Além disso, muito embora os recursos estejam arraigados, em suma, a uma previsão legislativa, o que demandaria pouca discussão – dada a potencial previsibilidade e ao potencial esgotamento da matéria –, a temática suscita inúmeras divergências, no limiar da jurisprudência e da doutrina nacionais.

REFERÊNCIAS

- ACOSTA, Walter P. *O Processo Penal*. Rio de Janeiro: Do Autor, 1990.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Recursos criminais, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1998;
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- HEINEN, Juliano. Os níveis de relativização dos direitos fundamentais. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: ESMP, n. 55, p. 153-72, maio/ago. , 2005.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v.9
- NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Princípios fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: 1990.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões processuais penais controvertidas*. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1995.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 66, p. 85-129.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.v.4

