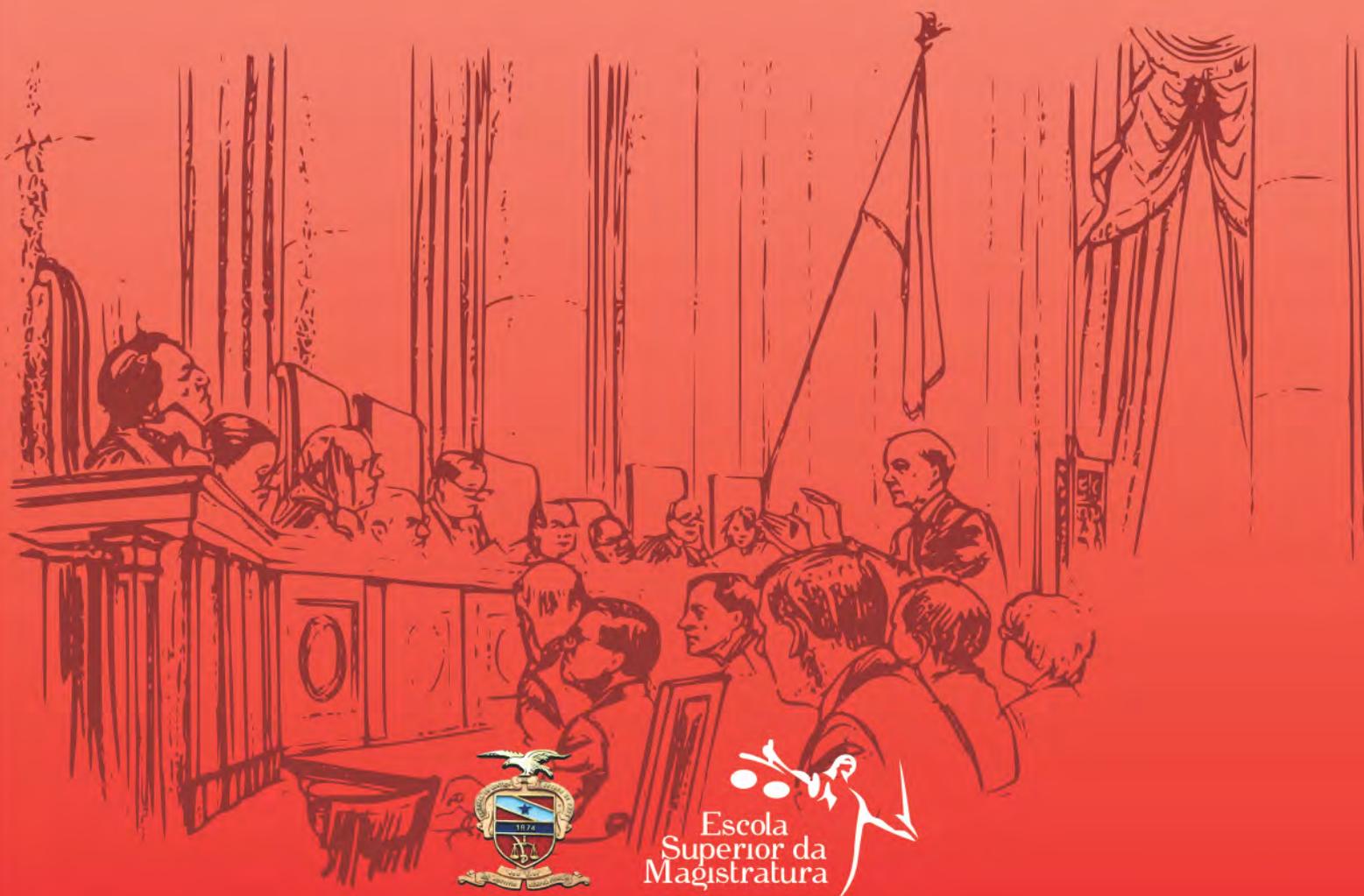




Revista Eletrônica

Inovações em Direito Penal e Processual

Volume 1 nº 3 - agosto de 2016



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ/TJE-PA
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARÁ/ESM-PA

Conselho Superior da Escola

Des. Constantino Augusto Guerreiro
Desa. Luzia Nadja Guimarães Nascimento
Des. Leonardo de Noronha Tavares
Desa. Gleide Pereira de Moura

Presidência TJE-PA

Des. Constantino Augusto Guerreiro

Diretoria-Geral ESM-PA

Desa. Luzia Nadja Guimarães Nascimento

Secretaria-Geral ESM-PA

Ádria Coelho Bassalo Aflalo

Departamento Acadêmico

Heloísa da Silva Mota Pereira

Departamento de Ensino e Pesquisa

Patrícia Kristiana Blagitz Cichovsk

Departamento Administrativo/Financeiro

Cilene Brito Anchieta

Equipe de Editoração

Editores responsáveis:

Andreza Etheene Cavalcante Moura
(Chefe da Divisão de Editoração e Publicação)

Jaime Dias Lima

João Marcelo de Sousa Siqueira

Luiz Alberto Pequeno de Paiva

Suely Cristina Caminha Y Rodrigues

Normalização e ficha catalográfica

Maria da Conceição Ruffeil Moreira
(Chefe da Divisão de Biblioteca e Videoteca)

Francisca Maria dos Prazeres Bezerra

A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. Vol. 1, n.1 (nov. 2008) __. Belém: ESM-PA, 2008. __
v. ; 28 cm.

Bimestral

ISSN: 1984-1035

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. II. Pará. Tribunal de Justiça.

CDD 21.ed. 340.05

Sumário

EDITORIAL	3
ENTREVISTA	
<i>Eugênio Pacelli de Oliveira</i>	7
EM DESTAQUE	
A Execução Penal e as Alternativas para a Reinserção Social	13
<i>João Augusto de Oliveira Jr.</i>	
EM POUCAS LINHAS	
Os Atos de Corrupção e Enriquecimento Ilícito de grandes valores devem ser considerados Crimes Hediondos	21
ARTIGOS	
Violência Contra a Mulher à Luz do Direito Internacional. Descortinando sobre a Violência de Gênero. Discurso dos Direitos Humanos	30
<i>Elder Lisboa Ferreira da Costa</i>	
A Prisão Preventiva como Garantia da Ordem Pública – do Sofisma da Cautelaridade Processual à Realidade como Medida de Segurança Pública	45
<i>André Luiz Filo-Creão Garcia da Fonseca</i>	
Audiência de Custódia e o Sistema Acusatório	61
<i>Caio Marco Berardo</i>	
Se o Direito Penal é Fantasia, ainda estamos em pleno Carnaval	75
<i>Ana Cláudia Bastos de Pinho/Fernando Albuquerque</i>	
Breves Notas sobre o crime de Dispensa de Indevida Licitação e a Teoria Constitucionalista do Delito	80
<i>Clodomir Araujo Junior</i>	
O Marco Civil da Internet e o Enfrentamento aos Crimes Cibernéticos	86
<i>Beatriz de Oliveira da Silveira/Marcos Miléo Brasil</i>	
Sobre Prisões Preventivas, Controle Social e o grande Encarceramento	95
<i>Adrian Barbosa e Silva</i>	
A Revisão Criminal com Pedido de Antecipação dos Efeitos da Tutela: A Necessidade de Mudança de Entendimento Jurisprudencial	102
<i>Miguel Salim Queiroz Wariss</i>	
PONTO DE VISTA	109

LITERATURA

O Furto da Poesia – Primeira Parte121

Vicente Alencar Ribeiro

O Furto da Poesia – Segunda Parte123

Marcos Mairton

Pensamentos de Cesare Beccaria126

SUGESTÕES DE LEITURA131

LEGISLAÇÃO139



Editorial

Prosseguindo com a edição mensal da Revista Eletrônica da Escola Superior da Magistratura, de acordo como previsto no nosso Plano Anual de Ações, apresentamos, neste mês, como Tema: "Inovações em Direito Penal e Processual".

A decisão de tratarmos de temas tão relevantes que circundam e permeiam a atividade diária da jurisdição penal, se deu em função: primeiro pela necessidade de difundirmos o conhecimento de magistrados e servidores e estimularmos a troca de experiência nesse ramo do direito. Segundo, tendo em vista o momento histórico porque passa nosso País, bem como em decorrência das propostas de alteração e atualização, em trâmite no Congresso Nacional, acerca do processo e procedimentos legais que disciplinam o exercício dessa função jurisdicional.

Sabemos que muitos magistrados e servidores se dedicam à atividade acadêmica, produção de artigos científicos e até mesmo a questões práticas do cotidiano jurisdicional. Nesse diapasão, a Revista Eletrônica disponibiliza espaço virtual, de livre e fácil acesso do público em geral, para a publicação

desses trabalhos, fomentando a troca de experiência entre si e com outros operadores do direito que se dedicam a outras funções essenciais da prestação jurisdicional e, também, à docência acadêmica.

Por outro lado, encontra-se em votação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.045/2010, que trata do novo Código de Processo Penal, já aprovado no Senado Federal, estando, atualmente, na Câmara dos Deputados em cumprimento às exigências constitucionais de votação bicameral. Referido projeto, caso aprovado, revogará por completo o código vigente, instituindo novos princípios, institutos, procedimentos, exigindo dos operadores do direito, neste particular dos magistrados e servidores deste Poder Judiciário, que conheçam, desde já, essa nova forma de pensar o processo penal.

Outrossim, os últimos acontecimentos nacionais demonstram que a persecução penal se valeu da aplicação de novas técnicas e métodos de investigação e processamento, utilizados pela Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, apresentando-se imperiosa a necessidade de estudarmos, debatermos e

discutirmos o assunto, sob esse novo prisma, para aprimorarmos nossas atuações.

Sobre o assunto, trazemos uma entrevista concedida pelo Jurista Eugênio Pacelli de Oliveira, Relator-Geral da Comissão de Juristas que elaborou o Projeto do novo Código de Processo Penal, onde faz uma análise sobre a proposta aprovada e as principais inovações que deverão ser introduzidas no processo penal.

Em destaque, colacionamos as experiências da Vara de Execução Penal de Belém, em matéria produzida pela Coordenadoria de Imprensa do Tribunal de Justiça, com as considerações do Juiz Titular da 2ª Vara de Execução Penal da Região Metropolitana de Belém (RMB), João Augusto de Oliveira Jr, intitulada a execução penal e as alternativas para reinserção.

Na seção “Em poucas linhas”, contemplamos a visão de autoridades e representantes de órgãos públicos e privados acerca da possibilidade de tipificação criminal dos atos de enriquecimento ilícito e apropriação de grandes valores, tema constante das 10 (dez) medidas contra a corrupção, objeto de iniciativa popular e encaminhadas, como projeto de lei, ao congresso nacional para a devida aprovação.

Em seguida, a revista apresenta vários artigos, de autoria de magistrados, servidores, advogados e professores com experiência e

expertise comprovadas sobre direito penal e processo penal.

Ainda seguindo a roupagem mais prática da revista, a seção “Ponto de Vista”, com a visão crítica de Magistrados sobre a eficácia da prestação jurisdicional e a previsão da *pela bargaining* (barganha processual) constante do projeto do NCPP, tema de grande destaque e debate no meio acadêmico.

Em “Literatura”, destacamos as seguintes obras: “O Furto da Poesia – Primeira Parte” de Vicente Alencar Ribeiro e segunda parte (Marcos Mairton) e “Pensamentos de Cesare Beccaria”

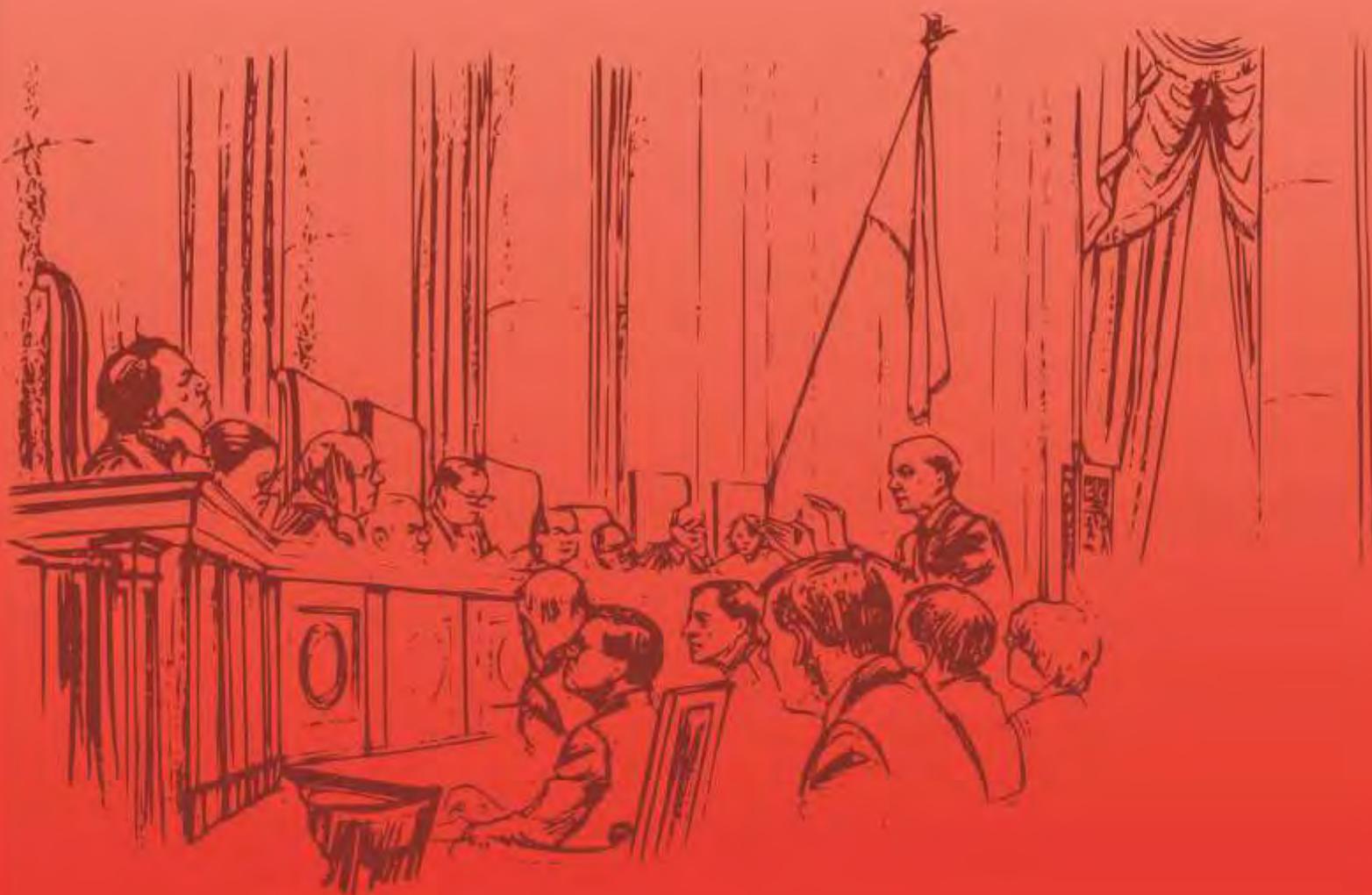
Apresentamos, também, sugestões de leitura, com indicação de algumas obras sobre direito penal, processo penal, e temas específicos de criminologia e legislação extravagante, de grandes autores de renome nacional sobre o assunto e das publicações feitas pelas maiores editoras do País.

Mais uma vez desejamos a todos excelente e prazerosa leitura e que, de fato, de alguma maneira intua e fomenta o aprimoramento e aperfeiçoamento de vossas formações profissionais e pessoais e que, nesse sentir, contribua para o desenvolvimento diário de vossas atribuições.

Desa. Luzia Nadja Guimarães Nascimento
Diretora Geral da ESM-PA



Entrevista





Entrevista

Eugênio Pacelli de Oliveira*

Revista Eletrônica: Na visão de V. Exa., quais as principais mudanças que o processo penal exige para que se torne mais efetivo do ponto de vista da duração razoável?

Eugênio Pacelli: Pergunta das mais difíceis, na medida em que envolve, para além de instrumentos normativos, a pujança de recursos materiais nos Tribunais. Em processo penal já passa da hora a possibilidade de *trancamento provisório* de investigação, quando o inquérito estiver se arrastando por tempo indevido, sem a produção de qualquer iniciativa probatória. Não conseguimos fazer isso no Projeto de CPP, mas nada impede que os juízes recorram ao princípio da duração razoável do processo no âmbito da investigação criminal.

R.E.: Sobre o projeto do novo CPP, já aprovado pelo Senado, V. Exa. entende que ele comporta as mudanças essenciais nesse sentido?

EP: Não. Infelizmente não. Mas há progressos visíveis, como a previsão do procedimento abreviado e a regulamentação mais racional de um modelo nacional de *plea bargaining*, de modo a permitir o aceleração da resposta penal para determinadas situações, em que, com provas suficientes já recolhidas e com denúncia já apresentada, a defesa tenha condições de viabilizar um resultado menos gravoso ao réu. Nada a ver com as delações de hoje.

R.E.: O Poder Judiciário está preparado para esse novo sistema proposto no projeto?

Veja-se como exemplo a Operação Lava Jato e outras de igual repercussão. A avalanche midiática, feita sem qualquer conhecimento concreto dos fatos, mas com base no imaginário coletivo acerca de determinadas classes envolvidas, tem produzido muitos danos, ao lado do grande serviço prestado ao Brasil. Há prisões em excesso mesmo! A delação virou o cardápio principal, infelizmente. E ao delator se oferece tudo. menos a Lei.

* Advogado. Professor. Procurador da República aposentado. Relator-Geral da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Projeto do Código de Processo Penal, instituída pelo Senado da República.

EP: Acho que sim. E acho que não também, sem ter que lembrar Caetano Veloso. Penso que o juiz das garantias, por exemplo, e tal como terminou por constar no projeto do Senado, dificilmente será instalado como deveria. A regra de impedimento em Comarcas menores tornará impossível a aplicação do instituto, do que resultará, inevitavelmente, a sua rejeição legislativa, ou, quando nada, a redução significativa de seu âmbito de jurisdição.

R.E.: Como V. Exa. vê as sensíveis mudanças no papel do Juiz no projeto, inclusive quanto a criação da figura do Juiz de Garantia?

EP: Resposta parcialmente dada. Vejo com bons olhos a ideia, se tivermos em mira a necessidade, ou, quando nada, o proveito em separar o juiz que participa – mas não produz as provas – da fase de investigação daquele que irá julgar o processo. Não tenho receio de eventual contaminação da memória da prova produzida na primeira fase. Tenho preocupação mesmo é com o pré-conceito, a ideia preconcebida e imutável que alguns profissionais – MP e Judiciário – já levam para a fase de processo, independentemente da qualidade do material informativo recolhido. Veja-se como exemplo a Operação Lava Jato e outras de igual repercussão. A avalanche midiática, feita sem qualquer conhecimento concreto dos fatos, mas com base no imaginário coletivo acerca de determinadas classes envolvidas, tem produzido

muitos danos, ao lado do grande serviço prestado ao Brasil. Há prisões em excesso mesmo! A delação virou o cardápio principal, infelizmente. E ao delator se oferece tudo, menos a Lei.

R.E.: Sobre o Ministério Público. O projeto encerra de vez as discussões acerca do papel investigativo do MP?

EP: Não. Não pudemos avançar sobre isso, porque, à época, pendia o julgamento do STF. Mas ficou mantida a regra de cumulatividade do poder de polícia deferido a algumas autoridades, nos limites das respectivas funções (Receita, Banco Central etc.). As legislações do Ministério Público parecem suficientes para garantir um bom nível de poderes investigativos. O ideal seria o modelo espanhol: se a polícia investiga, o MP não pode. E vice-versa.

R.E.: No que se refere a tão polêmica prisão preventiva que pelo novo código terá duração limitada. Na visão de V. Exa. isso contribuirá para evitar a alegada morosidade processual?

EP: Acho que teremos dois benefícios: o aceleração das ações penais com réus presos – o que já uma exigência legal e constitucional – e maiores cuidados com a decretação de prisões cautelares. Apesar da existência da Lei 12.403/11, continuamos com um número excessivamente elevado – passe a redundância – de prisões provisórias. A população quer Justiça, o que é legítimo e democrático. Mas, para ela,

Justiça é cadeia. Sempre. Não interessa se temos ou não presídios e em que condições. Bandido bom é bandido morto, é o bordão popular. Só que precisamos explicar que a definição e a identificação do *bandido* dependem de um devido processo legal. São recentes os casos de linchamentos de inocentes no Brasil. Bem por isso o Judiciário deve fazer ouvidos moucos – um pouco, pelo menos – a essa sede de vingança privada.

R.E.: O que mudará no Inquérito Policial? E a Ação Penal sofrerá profundas mudanças?

EP: O inquérito se tornará mais ágil e o Delegado de Polícia terá maior mobilidade na análise de eventual desnecessidade do inquérito ou de inviabilidade da investigação, por manifesta atipicidade ou outra excludente, desde que submetida a manifestação ao MP.

As ações penais passam a ser unicamente públicas, aumentando o número daquelas que somente se procedem mediante representação, de modo a facilitar a pacificação e a composição de danos entre os envolvidos. De resto, poderemos ter um ganho significativo na redução dos processos judiciais penais.

A população quer Justiça, o que é legítimo e democrático. Mas, para ela, Justiça é cadeia. Sempre. Não interessa se temos ou não presídios e em que condições. Bandido bom é bandido morto, é o bordão popular. Só que precisamos explicar que a definição e a identificação do bandido dependem de um devido processo legal.

R.E.: Sobre a polêmica Interceptação Telefônica, o projeto prevê mudanças?

EP: Nada significativo, que não seja o estabelecimento de um prazo certo, mas bem mais razoável.

R.E.: Acerca do novo instituto de barganha processual previsto no projeto, como V. Exa. vê essa possibilidade?

EP: Já respondida.

R.E.: O papel das partes sofrerá alteração?

EP: A grande novidade do Projeto é a instituição da Parte Civil, ou seja, da possibilidade de a vítima ingressar nos autos, não só como assistente de

acusação, mas para obter, dentro do processo penal, a reparação dos danos morais, além daqueles materiais, mínimos, mas já comprovados.

R.E.: A realização e coleta de provas foram apreciadas no projeto?

EP: Sem muita novidade, a não ser o abarcamento geral de outros meios de prova previstos apenas em legislações especiais.

R.E.: Quanto à aplicação das penas, o projeto prevê maior efetividade?

EP: Essa é uma tarefa mais adequada ao Código Penal e não ao processo penal.

R.E.: Como V. Exa. vê a possibilidade de Cooperação Judicial Internacional prevista no Projeto?

EP: Infelizmente, não trabalhamos com esse importantíssimo instituto. Essa foi uma falha imperdoável. Acreditávamos que a sua inclusão poderia atrapalhar a tramitação do projeto, o que foi um erro. Mas que será corrigido na Câmara dos Deputados. E já estamos trabalhando nisso.

R.E.: Sobre o sistema recursal no projeto, há previsão de diminuição dos recursos? Tal medida é salutar?

EP: Tentamos diminuir, não a quantidade de recursos, mas as hipóteses de cabimento, o que não é a mesma coisa. Em matéria penal sempre haverá espaço para o *habeas corpus* para a proteção da liberdade contra a ilegalidade e também do mandado de segurança em matéria criminal, cabível para a proteção de direitos individuais desrespeitados.

R.E.: V. Exa. vislumbra alguma alteração necessária que o projeto não contemplou?

EP: Toda legislação será sempre inacabada! Todo Código também. Mas conseguimos atualizar a vasta legislação nacional. Por enquanto.



Em Destaque





Em Destaque

*João Augusto de Oliveira Jr.**

A EXECUÇÃO PENAL E AS ALTERNATIVAS PARA A REINserÇÃO SOCIAL

Quando um cidadão comete um delito, o Estado tem o dever de coibir essa prática delituosa por meio de um processo penal, que garante ampla defesa e contraditório ao acusado e chega ao seu final com uma condenação. A condenação tem como caráter efetivo da pena a retribuição, o castigo pelo ato ilícito cometido, que não pode vir desacompanhada de condições para que o ser humano possa ser reinserido na sociedade e ter noção das regras de convivência e das obrigatoriedades de cumprimento delas e das normas.

Ao defender a reintegração social do apenado, o Juiz Titular da 2ª Vara de Execução Penal da Região Metropolitana de Belém (RMB), João Augusto de Oliveira Jr., lamenta as condições do sistema penitenciário, que ele considera "falido", não só no Brasil, como em

quase todo o mundo, pelo excesso de prisão e de condenações. "Por isso, é importante buscar meios alternativos que garantam essa reintegração harmônica, pois, com a simples manutenção do cidadão no cárcere pelo tempo da pena imposta, atualmente, não se cumpre o segundo objetivo da execução penal, que é a ressocialização. O Estado não pode punir por punir sem a contrapartida obrigatória de proporcionar-lhe condições para a harmônica integração social, sem a qual não se pode exigir um comportamento adequado do cidadão, de como ele deve se portar nessa sociedade da qual foi excluído em decorrência do próprio sistema econômico que é materialista, consumista, concentrador de renda e, por isso, excludente", observou.

*Juiz Titular da 2ª Vara de Execução Penal da Região Metropolitana de Belém (RMB).

“Se nós temos um sistema econômico excludente, precisamos criar mecanismos neste sistema prisional falido que dê condições para que ele volte à sociedade de uma maneira socializada, com responsabilidade social”, avalia o Juiz João Augusto. “Afinal, a integração social do condenado e do internado é um dos objetivos da pena, nos termos do art. 1º da Lei de Execução Penal - LEP (nº 7.210), em vigor há 32 anos”, conclui o Magistrado.

No Estado do Pará, a população carcerária é de 13.749 presos, segundo dados da Superintendência do Sistema Penitenciário do Pará (dados de julho/2016). Desse quantitativo, mais de 50% está na Região Metropolitana de Belém (RMB). A 2ª Vara de Execuções Penais de Belém possui sob sua jurisdição 6 mil processos de condenados e internos em regimes prisionais fechado, semiaberto, aberto, medida de segurança de internação e tratamento ambulatorial, liberdade condicional e de foragidos.

O Magistrado, explicitamente, defende a necessidade da punição, com a restrição da liberdade como forma de controle social, mas desde que sejam garantidas condições para que o condenado retorne à sociedade de maneira

(...) é importante buscar meios alternativos que garantam essa reintegração harmônica, pois, com a simples manutenção do cidadão no cárcere pelo tempo da pena imposta, atualmente, não se cumpre o segundo objetivo da execução penal, que é a ressocialização.

harmônica e, para tanto, bastaria o cumprimento da LEP, que em seu bojo traz todos os instrumentos necessários para tal, materializado pelo direito a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa, além da garantia ao trabalho remunerado, inclusive sendo dever do preso realizá-lo, sob pena de, não o fazendo, ser caracterizada uma infração disciplinar.

“Mas como fazer isso se os estabelecimentos penais não possuem estrutura para dar vazão a essa necessidade/direito do preso e dever do Estado?”, questiona. Por isso, diz ele, é necessário criar essa condição. “Por meio do poder jurisdicional de dar cumprimento à lei e zelar pelo bom andamento da execução penal, valendo-se de todo o arcabouço dos princípios constitucionais e normas do microsistema de execução penal, é necessária uma atuação proativa, não só na fiscalização e correção dos estabelecimentos penais como também a utilização de mecanismos que, sem oneração do sistema carcerário, garanta a ressocialização do preso, apenado e internado”.

Quanto à atuação proativa na fiscalização e correção dos estabelecimentos penais, aí incluída a garantia dos direitos

fundamentais e assistenciais do preso, o Juiz João Augusto de Oliveira Jr. sugeriu à Direção do Tribunal de Justiça e ao Supervisor do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Penitenciário e do Sistema de Execução de Medidas Sócio Educativas, Desembargador Ronaldo Valle, a criação da Vara Correcional da Execução da RMB, com a competência específica de realizar inspeções carcerárias, atualmente em 22 estabelecimentos penais, o que demanda, pelo menos 10 dias úteis para

efetivá-las; coordenar o GMF, que possui atribuição em todo o Estado do Pará, logo, em todas as varas criminais, de execução e juizados da infância e juventude; além da competência



jurisdicional sobre matérias cíveis e criminais decorrentes do sistema carcerário, ou seja, ações civis públicas, indenizações por perdas e danos, ações penais decorrentes de condutas ilícitas ocorridas no interior dos estabelecimentos penais que tenham como vítimas não só os presos como os agentes estatais, como também condutas ilícitas "extramuros" decorrentes das relações estabelecidas no cárcere.

Com a criação dessa Vara, vaticina o Magistrado, "o Poder Judiciário do Estado do

Pará, de maneira vanguardista, demonstrará e efetivará a visão holística com que trata a problemática do sistema carcerário, integrando, em duas varas, todas as medidas preventivas e consequências inerentes da relação entre o Estado Executivo e o preso, na medida em que um Juízo tratará de todas as questões processuais referentes à execução da pena, e o outro juízo garantirá a efetivação dos direitos fundamentais e assistenciais do preso, em uma atuação correcional, como também, por se

tornar um grande expert do sistema carcerário, estará abalizado para o processamento e julgamento das causas cíveis e penais que envolvam o sistema penitenciário".

Essa visão holística, prossegue o magistrado, "é fator imprescindível para o alcance da função ressocializadora da pena, porque o Poder Judiciário, por meio dessas Varas, passará a ter a compreensão dos fenômenos decorrentes do cárcere na sua globalidade e totalidade, possuindo órgãos aparelhados e com competências capazes de contribuir para a paz social e manutenção do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana".

Abordando a utilização de mecanismos que, sem oneração do sistema carcerário, garanta a ressocialização do preso, apenado e internado, o Juiz João Augusto de Oliveira Jr, ressalta que “o Tribunal de Justiça do Estado do Pará sempre andou na vanguarda de ações favorecedoras da ressocialização, como foi o caso da disciplinação por Portaria editada pela Desembargadora Nazaré Gouveia, então Juíza da Execução Penal, normatizando a possibilidade de remição pelo estudo, o que, em seguida, foi também normatizada por Resolução do Tribunal, quando, ainda, sequer havia legislação específica que a inseriu no art. 126 da LEP, pela Lei nº 12.433/2011”

Na mesma esteira, o Juiz Claudio Rendeiro, Titular da 1ª Vara de Execução Penal, idealizou e implementou, dentre outros projetos, como o “Aguapé”, o projeto “Começar de Novo”, facilitador da (re)colocação do egresso e do apenado em postos de trabalho, agregando a sociedade civil empresarial e as entidades públicas na ressocialização daqueles, e hoje esse Projeto, idealizado pelo Magistrado do Estado do Pará, faz parte do rol de projetos abarcados pelo CNJ através do Departamento de Monitoração e Fiscalização.

Seguindo essa linha de proporcionar a ressocialização sem oneração do sistema carcerário, prossegue João Augusto de Oliveira

Jr., “em dezembro de 2014, foi editada a Portaria Conjunta da 1ª e 2ª Varas de Execução Penal da RMB possibilitando a remição pela leitura de obras literárias, científicas, dentre outras que contribuam para sua ressocialização e oriente o preso ao retorno do convívio social”.

Não é a simples leitura de qualquer publicação que garantirá o direito à remição. Segundo o Juiz, existe todo um procedimento rígido de avaliação da obra lida e da capacidade de aprendizado do preso. “Após a leitura, o preso é arguido oralmente pelo livro lido e produz uma resenha, que é avaliada por uma Comissão nomeada pelo Diretor do Estabelecimento, composta por técnicos da Superintendência do Sistema Penitenciário do Pará e entidades parceiras, como a Secretaria de Estado de Educação (Seduc), com critérios de aferição utilizados pelo MEC, numa escala de notas de zero a dez, sendo cinco a média mínima de aprovação. A participação do preso é voluntária e, a partir do momento em que o preso é aprovado, é óbvio que terá mais discernimento e capacidade de voltar à sociedade de uma maneira melhor”.

O Juiz João Augusto ressaltou que a remição pela leitura foi proposta pela Defensora Pública do Núcleo de Execução Penal do Pará, Dra. Ana Isabel Santos, a partir de experiências das penitenciárias federais, no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), já que o preso

passa 22 horas na cela e tem 2 horas de banho de sol. “Só que nessas duas horas, não há contato com outros presos, então, como vai se dar vazão a uma ressocialização, se a pessoa para se ressocializar precisa do outro ser? Idealizou-se, por isso, a remição por leitura”, explicou.

Avançando ainda mais na busca de alternativas de ressocialização do preso, o Magistrado João Augusto de Oliveira Jr, provocado por outro Magistrado do Estado do Pará, Dr. Flávio Sanches Leão, Titular da 7ª Vara Criminal da Capital e Membro da Federação Paraense de Xadrez, disciplinou, pela Portaria nº 001/2016, de julho, a remição da pena pela participação, com aproveitamento, em Curso Básico de Formação em Jogo de Xadrez e Participação Desportiva.

De acordo com o Ato Normativo, foi estabelecida a necessidade da participação na Comissão avaliadora de um enxadrista, e que seja obedecida a grade curricular do próprio curso ministrado pela Federação Paraense de Xadrez e Confederação Nacional de Xadrez. “Você tem a interação da sociedade civil organizada no processo de ressocialização para fazer face a essa ausência do Estado por falta de condições de dar essa ressocialização pela falta

(...) a prática esportiva do jogo de xadrez contribui no processo de reinserção social do custodiado, pois, colabora com o desenvolvimento cognitivo, o raciocínio lógico, reforçando a capacidade de cálculo, de concentração.

de recursos. Essas atividades são interessantes, porque o custo é zero, mas, em compensação, dá oportunidade para o interno, aquele que está sob medida de segurança, e para o preso, que cumpre a pena a efetiva ressocialização”, explica o juiz João Augusto.

De acordo com o Magistrado, a prática esportiva do jogo de xadrez contribui no processo de reinserção social do custodiado, pois colabora com o desenvolvimento cognitivo e o raciocínio lógico, reforçando a capacidade de cálculo, de concentração. “Com o xadrez, estuda-se a geografia quando apresenta a história do jogo e sua origem. Aprende-se a identificar a figura geométrica, traçada com os deslocamentos das peças. Agrega valores morais pois, é exercitado com o curso e o jogo em si, o respeito mútuo, a autonomia e a tolerância, espírito de competição, de vitória e derrota, e reconhecer o ponto de vista do outro, gerando responsabilidade e tomada de decisão, o que cria condições para o desenvolvimento, a interação e o sentido de grupo”, detalhou o Juiz João Augusto, acrescentando que, ao preso que não foi oportunizado o trabalho no cárcere por falta de “vaga” lhe é garantida a prioridade. “Mas não há impedimento de acumulação das várias

possibilidades de remição, porque, na verdade, são ocupações que estão proporcionando, efetivamente, ao preso a imprescindível ressocialização”, completou.

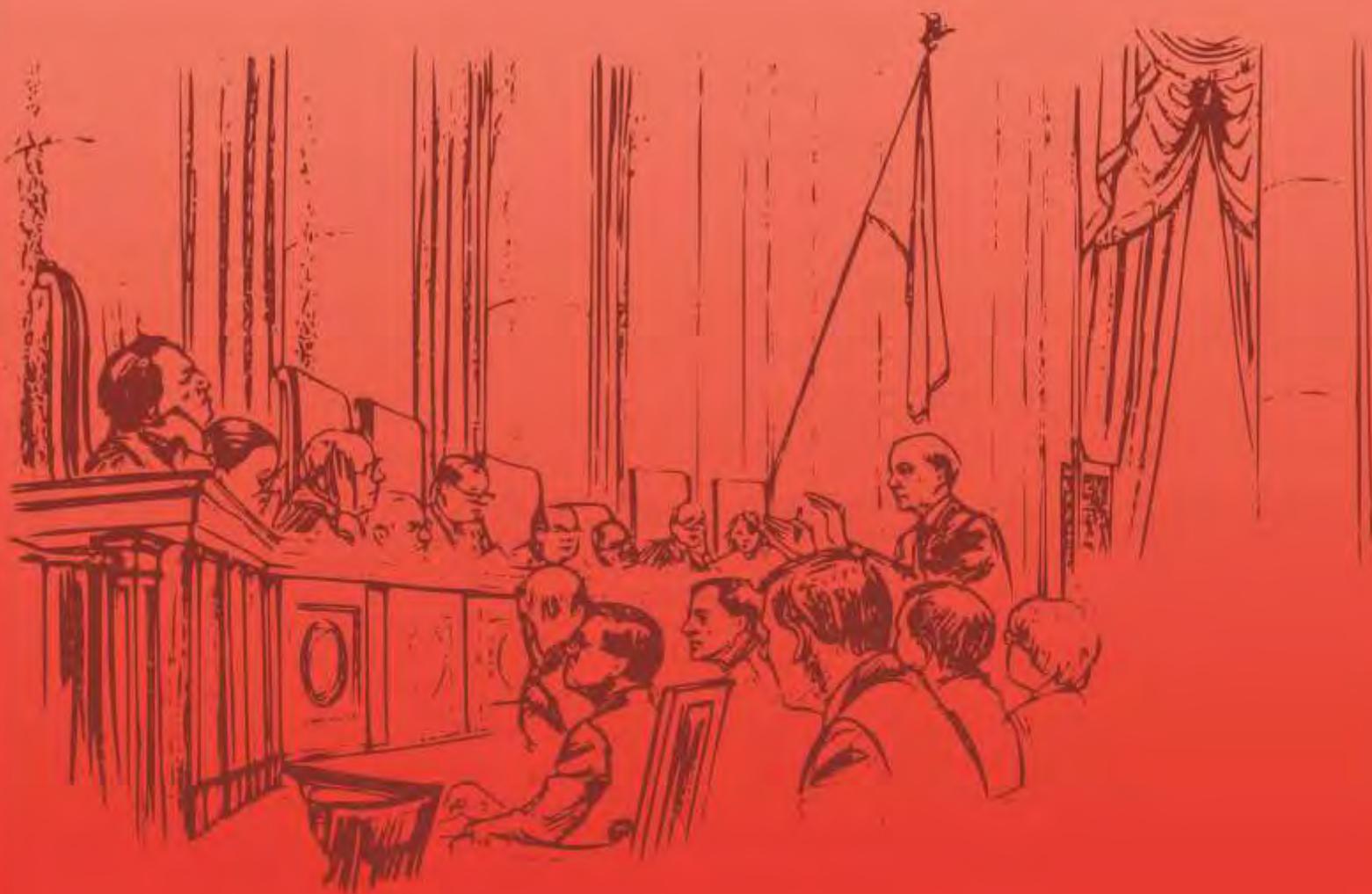
O juiz João Augusto Oliveira Jr. afirma que os projetos nessa área estão entre as atribuições do Grupo de Monitoramento e Fiscalização (GMF), do qual é Coordenador e cujo Supervisor é o Desembargador Ronaldo Valle. O GMF orienta notas técnicas e coordena a articulação para reinserção social do preso. “Por indicação do Sr. Desembargador Supervisor do GMF, estamos encaminhando os

atos normativos das remições implementadas para todos os juízes com competência em execução penal, como nota técnica e parâmetro a ser seguidos como mais uma forma alternativa diante da situação caótica do sistema carcerário”, finalizou.

Organização: Will Montenegro Teixeira, Técnico Administrativo da Coordenadoria de Imprensa do TJ/Pa.



Em Poucas Linhas



OS ATOS DE CORRUPÇÃO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE GRANDES VALORES DEVEM SER CONSIDERADOS CRIMES HEDIONDOS?



DESEMBARGADORA
VANIA VALENTE DO
COUTO FORTES BITAR
CUNHA - Coordenadora
Geral dos Juizados
Especiais

Os atos de corrupção e enriquecimento ilícito de grandes valores devem, sim, ser considerados como crimes hediondos, não somente pela gravidade de tais atos, mas, principalmente, pelos seus reflexos no funcionamento e



DRA. UBIRAJILDA
SILVA PIMENTEL -
Procuradora de
Justiça/Ministério Público do
Estado do Pará

Entendo que deva sim ser engendrado como crime hediondo os desvios de grandes somas de recursos públicos

estruturação do Estado e, conseqüentemente, nos cidadãos que, embora paguem inúmeros tributos, não se veem assistidos, nem minimamente, pelo Poder Público, já que parte dos recursos que deveriam ser aplicados na melhoria de qualidade de vida da população são desviados para particulares com interesses escusos, prejudicando a prestação dos serviços essenciais num Estado Democrático, ferindo Direitos e garantias fundamentais previstas em nossa Carta Magna.

por corruptos ativos e passivos, posto que, ao praticarem tais atos de improbidade administrativa, estão ferindo de morte direitos e garantias fundamentais do cidadão, como um serviço de saúde público de boa qualidade, uma educação de excelência, de segurança pública, de moradia, entre outros. Com a deflagração da operação do “mensalão” e depois da “lava jato”,

vemos o quanto o País poderia estar enfrentando as suas questões sociais, ao invés de apresentar um alto índice de desemprego e de inflação, tudo ocasionado pelo grande desvio de recursos públicos, angariado pelo Poder Público, por meio de cobrança de taxas e impostos exorbitantes. Contudo, o que se vê é um grande descalabro administrativo na gestão da coisa pública, com o desvio de milhões e milhões de reais para as contas particulares de políticos e outros detentores de cargos públicos, que tem o dever de zelar e fazer cumprir a Constituição e as demais leis.



DR. ALEX MOTA NORONHA - Defensor Público do Estado do Pará

O PL nº 8045/2010, já aprovado pelo Senado Federal, pretende majorar as penas de crimes contra a Administração Pública, bem como equiparar alguns deles à categoria de hediondos. Com efeito, ao deflagrar o que a doutrina penal chama de *novatio legis in pejus*, o legislador, sem sombra de dúvidas, deu azo ao clamor das manifestações populares que se sucederam nos últimos anos em nosso País.

Além do aumento das sanções penais em abstrato, a mudança na lei fará com que o tratamento dos crimes de corrupção se torne muito mais gravoso, com a possibilidade de

prisão temporária por trinta dias ao invés de cinco, e a progressão de regime de pena com o cumprimento de 2/5 dela e não apenas 1/6 como ocorre atualmente.

Indubitavelmente, dos males enfrentados pela sociedade brasileira, a corrupção é um câncer dos mais agressivos. A malversação do erário público gera uma enorme monta de prejuízos a todos, sobretudo aos mais pobres, que dependem do sistema único de saúde, da educação e dos serviços públicos em geral. Dia após dia, ficamos estarecidos com os inesgotáveis casos de corrupção trazidos à baila pela mídia. Escândalos conhecidos como o “mensalão”, “petrolão”, entre outros, são exemplos de um Estado que caminha a passos largos em direção à ruína total.

Nesse sentido, apesar de crer piamente que a solução efetiva para o fim da corrupção passe também pela adoção de uma série de outras medidas, quaisquer modificações legislativas que visem aperfeiçoar e endurecer o combate à corrupção serão sempre muito valiosas e bem vindas, sobretudo quando seu nascedouro emane do legítimo repúdio do povo brasileiro



ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA E CUNHA – Superintendente do Sistema Penitenciário do Estado – SUSIPE

O que previne o delito não é necessariamente o tamanho da pena, mas a certeza da punição. Se a simples modificação do tipo penal, de comum para hediondo, resolvesse o problema; nós teríamos reduzido o homicídio, o latrocínio e o tráfico de drogas. O que não ocorreu. Não há dúvida de que a punição para crimes de corrupção tem que ser severa. Muito severa! Mas de nada adianta transformar em crime hediondo sem promover as necessárias correções no funcionamento do sistema de justiça criminal como um todo. Pois o que vemos no Brasil, infelizmente, e ao contrário do que imaginou Beccaria, é prevalecer a certeza da impunidade.



BRUNA BEZERRA
KOURY DE FIGUEIREDO
– Conselheira Seccional da
Ordem dos Advogados do
Brasil/PA

Entendo que não.

Entretanto, cumpre contextualizarmos a pergunta. Nos últimos anos, principalmente após a deflagração da operação denominada “Lava-Jato”, verificou-se que, do anseio popular em combater a corrupção, houve o levante de um clamor social que culminou com a sugestão do Ministério Público Brasileiro das “10 medidas contra a corrupção.” As 10 medidas reúnem 20 propostas de alterações legislativas que visam, segundo o *parquet*, aprimorar a

legislação brasileira de combate à corrupção. Dentre elas estão a criminalização do enriquecimento ilícito e o aumento das penas e enquadramento como crime hediondo para corrupção de altos valores.

Segundo a proposta, o crime de enriquecimento ilícito aconteceria quando agente público incidisse nas seguintes condutas: “Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito: Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito) anos), e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.”

Em relação ao crime de corrupção, teríamos o aumento das penas e passaria a ser considerado crime hediondo a corrupção de altos valores. A pena mínima passaria de 2 para 4 anos de prisão, bem como quanto maior o volume de dinheiro envolvido, maior a pena. Até R\$ 80 mil, pena varia de 4 a 12 anos. Se a propina passar de R\$ 80 mil, pena será de 7 a 15 anos. Se for maior que R\$ 800 mil, prisão será de 10 a 18 anos. Caso seja superior a R\$ 8 milhões, a punição será de 12 a 25 anos de prisão.

O MPF, em sua justificativa para adoção da medida, aduz que, em apertada síntese, “a perspectiva de pena mais grave, e de condições mais gravosas de cumprimento de pena, será certamente um fator de desestímulo a tais práticas criminosas, principalmente no cenário atual, em que grandes esquemas de corrupção são descobertos, seria preciso adotar medidas firmes para mudar a realidade”

Outra vez, presenciamos o retorno ao equívoco cometido quando da proposição da lei 8.072/90 (Lei de crimes hediondos), que em função do clamor social foi promulgada e que, até hoje, não temos notícia da redução da prática dos crimes contidos em seu rol.

A nosso sentir, mais uma vez, a via administrativa é desprestigiada, para que se utilize a prisão, que seria a ultima ratio, como via adequada à tão sonhada diminuição da criminalidade, o que, precisamente não acontecerá.



MANOELA BITAR –
Professora

Diante desta questão, lanço as seguintes perguntas: a pena é meio suficiente para

conter a criminalidade? Quando da publicação da lei de crimes hediondos, os crimes lá previstos desapareceram, ou ao menos diminuiram, na sociedade brasileira? É um

grande equívoco imaginar que leis penais mais rigorosas solucionam o problema da criminalidade, da violência e da insegurança pública. A persistência nesse caminho errado vem gerando consequências muito drásticas para nosso país. Mesmo com o endurecimento que o Direito Penal vem sofrendo nos últimos anos, não se pode afirmar que houve uma diminuição da criminalidade na sociedade brasileira. A lei, de forma isolada, não tem este poder. Já passou da hora de nós todos nos conscientizarmos de que, em matéria de política criminal, o Brasil está no caminho errado. É bem verdade que existem ilícitos na lei de crimes hediondos de menor gravidade do que os em questão, o que poderia nos levar a transformá-los em crimes hediondos. Mas não podemos usar uma lógica inversa. É importante recordar que a Constituição de 1988 consagrou uma nova realidade no Direito Penal, uma realidade que respeita o Estado Democrático de Direito, e que, diante dos princípios que foram abraçados pelo texto constitucional, exige que a intervenção penal seja mínima. Ou seja, reconheço a gravidade dos crimes em questão, mas prefiro, ao invés de apenas indicar a hediondez dos mesmos, questionar se tal transformação será eficaz. Precisamos urgentemente parar de apostar na pena como solução para a criminalidade.



JANE VIEIRA ALCANTARA NEVES - Chefe de Gabinete da Corregedoria do Interior – TJE/PA

As leis expressam os valores morais de determinada sociedade. No direito penal brasileiro, a figura dos crimes hediondos, como induz o próprio sentido literal, traduz as condutas que causam maior repulsa, consideradas tão ofensivas que merecem maior rigor em sua punição. A ampla exposição da farra com o dinheiro público, em esquemas criminosos que ferem de morte o direito da população a serviços públicos essenciais (saúde, educação e segurança), despertou uma maior consciência acerca dos prejuízos causados por esse mal já tão arraigado em nossas instituições. Assim, é natural o grande enfoque aos projetos de lei que cuidam de medidas “anticorrupção”, dentre os quais os que prevêm a inserção dos crimes de corrupção de altos valores no já extenso rol dos crimes hediondos, que, até então, não abrange qualquer crime contra a Administração Pública. Aliás, não por acaso, o pacote de dez medidas anticorrupção apresentadas pelo Ministério Público recebeu mais de dois milhões de assinaturas. Portanto, a medida, além de atender a acordos internacionais, é uma resposta à sociedade. Entretanto, é evidente que a alteração da lei, por

si só, não resolverá o problema, como num passe mágica. Outras medidas devem ser adotadas, como as que visam a maior celeridade no processamento desses crimes, minimizando o sentimento de impunidade e, por conseguinte, inibindo-os. Sem isso, constituirá apenas mais uma (das muitas em nosso país) lei de ocasião, simbólica, mas inócua.



CLIMERIO MENDONÇA - Aposentado

Parafraseando um dos nossos ex-Presidentes, quando em seus discursos pretendia exaltar obras de seu governo, dizia que: “Nunca, antes, na História desse país, se fez tanto...” Agora, digo eu: nunca, antes, na História desse país, a sociedade brasileira viu tantos líderes; políticos influentes, diretores de empresas estatais e grandes empresários, serem identificados, procurados e responsabilizados pela Polícia, Ministério Público e Justiça federal. Todos enquadrados na forma da Lei Vigente, pela prática de atos de corrupção.

Em regime capitalista como o nosso, quando empresas privadas negociam contratos entre si, legalmente, e que uma das partes leva grande vantagem sobre a outra, diz-se que ela, simplesmente, fez um grande negócio. Não cometeu nenhum ato corrupto. Agora, quando

essas mesmas empresas prestam qualquer serviço ao Estado, mesmo com a aparente proteção que um "Termo de Licitação" exige, usarem meios ilícitos para levar vantagens pecuniárias ou não, estas manobras se configuram atos de corrupção grave, por envolver recursos públicos. E terão que ser penalizadas por isso! Uma vez que o próprio Estado dispõe de um caro aparelho repressor e fiscalizador, para evitar esse tipo de ação.

A nossa imprensa, falada, escrita e televisionada, vem noticiando uma verdadeira revolução que está acontecendo ultimamente na Justiça Federal. Um Juiz revolucionário solitário e sua equipe, fugindo do habitual comportamento da Corte, vem sentenciando, com uma relativa velocidade, dezenas de processos contra eminentes personalidades públicas. Todas, possuindo autores de atos de corrupção envolvendo altos valores. Isso vem ocorrendo, em parte, graças a duas Leis conhecidas, uma com o nome de "Delação Premiada" e a outra de "Leniência", nunca, antes, empregadas! Mesmo lutando com as armas que dispõe no momento e à espera de outras mais modernas, eficientes e eficazes, esse Juiz vem desenvolvendo um excelente, excepcional e exemplar trabalho, digno de toda consideração e respeito de todos os brasileiros de bem.

A criação de uma nova Lei mais rígida que as atuais, que enquadre como "Crime Hediondo"

todo e qualquer ato de corrupção, envolvendo pequenos ou altos valores pecuniários, não somente estes, sempre será bem-vinda. Quanto mais medidas houver, dará ao Estado maior poder de combate e também de inibição para os praticantes do ilícito. A Lei deverá ter seu texto bem redigido. Terá que ser clara, afim de evitar interpretações dúbias e não conter nas suas entrelinhas, artigos ou parágrafos que possam beneficiar o infrator!



LUCAS BELO – Estudante de Direito

Avaliando a situação política no Brasil, podemos constatar uma grande confusão. Todos os dias uma nova notícia envolvendo atos de corrupção é apresentada.

Estudos apontaram que o Brasil ocupa a trigésima posição em um ranking que avaliou o retorno dos impostos, dentre os 30 países com maior carga tributária do mundo, ficando atrás da Argentina e Uruguai, por exemplo.

Diante de tantos impostos, surge a curiosidade em saber onde está o retorno das verbas pagas pela sociedade? Haja vista que existe um sistema de saúde em condições precárias, um péssimo acesso à educação de qualidade (que faz o Brasil ocupar a 60º lugar no ranking de educação) e em relação à violência, o Brasil tem

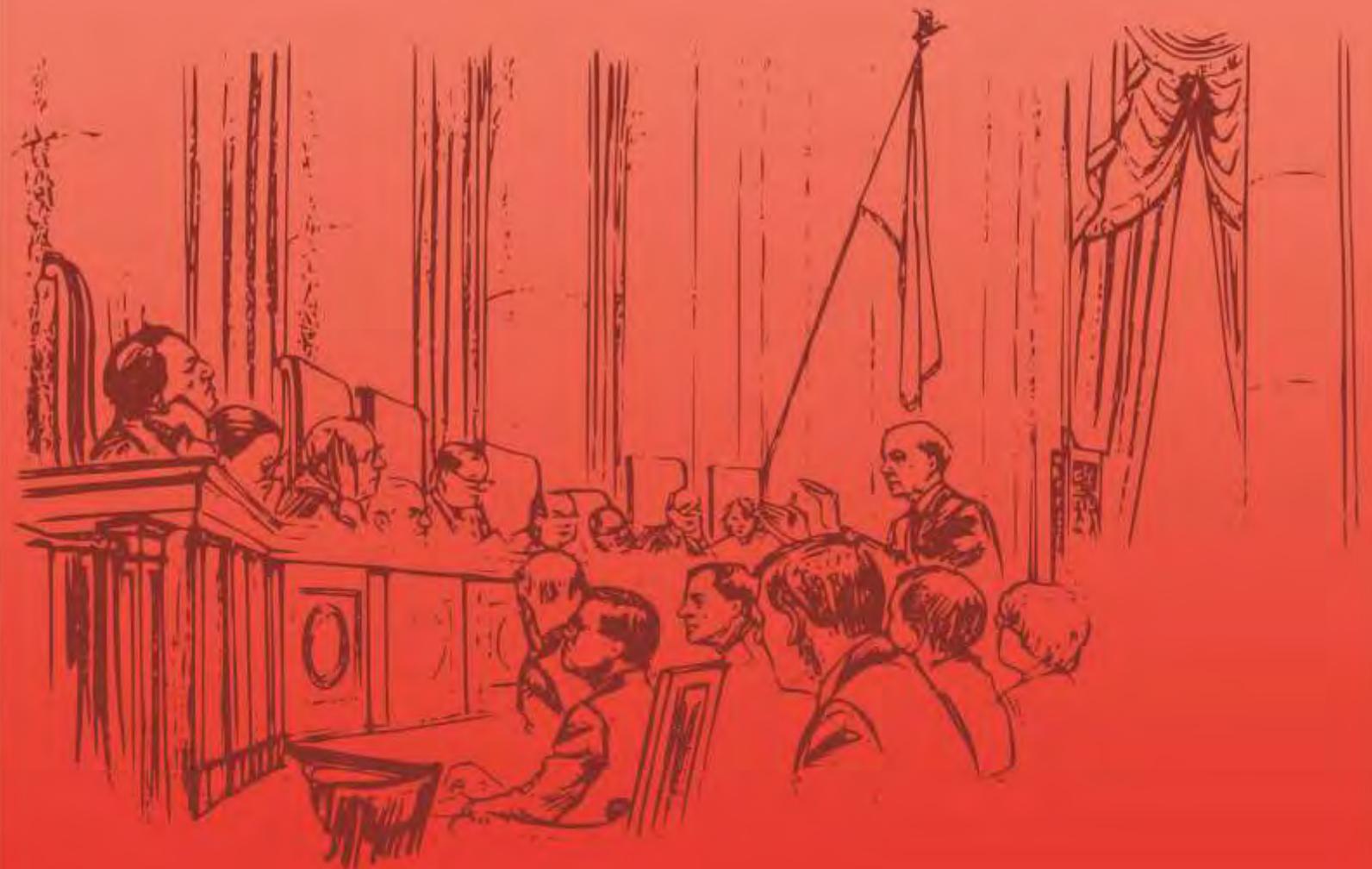
vinte e uma cidades dentre cinquenta, das mais violentas do mundo.

As grandes operações de combate à corrupção mostram onde estão sendo empregadas as verbas públicas. Elas passaram a atender e beneficiar os interesses particulares, promovendo o enriquecimento, de forma ilícita, de quem tem acesso a elas. O que era para ser revestido em benefício de interesse coletivo.

Diante de tantos escândalos envolvendo o enriquecimento ilícito de grandes quantias, que podiam ser empregadas para o bem coletivo, o Ministério Público propôs a criminalização desse ato, com penas mais severas e, ainda, dependendo da quantia envolvida, podendo corresponder a um crime hediondo. De fato, entendo que a iniciativa do Órgão do Ministério Público é correta e salutar e que, somente com a penalização severa dos corruptos, poderemos combater com mais eficácia esses atos de apropriação ilegal de verbas públicas



Artigos





Artigos

Elder Lisboa Ferreira da Costa *

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

DESCORTINANDO SOBRE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS

As conjecturas que pretendo destacar, visam percorrer uma análise sobre a *Violência de Gênero*, que campeia todas as sociedades e, tem sido a mola propulsora para a justificativa da violência contra a mulher¹, em todas as esferas na vida cotidiana.

Percebe-se que dito fenômeno ocorre em decorrência da *síndrome do patriarcado*, sintoma que insiste e persiste em todas as nações do planeta, já que todas possuem em algum aspecto ou em outro viés daquilo que hoje está tão claro para os investigadores que há anos pesquisam os fenômenos que envolvem a violência contra a mulher. O

patriarcado está presente na cultura, na escrita, na fala, ou seja, em todos os setores. Não se tem notícias de que houvera no planeta uma nação matriarcal.² Toda cultura que prescreve que homens são superiores às mulheres, denotam esse viés, o que vai permear toda a característica da sociedade.

Como explicado por Braga da Cruz (2013), nas sociedades primitivas, ainda no primeiro estágio da sua constituição, a qualidade que mais facilmente abria o acesso à classe política ou dirigente era o

* O autor é PHD da Universidade de Salamanca – Espanha, com título de Doutor Europeus, obtido em provas e títulos públicos em 2014. É Mestre em Ciências Jurídico Criminais da Universidade de Coimbra em 2006. Autor de diversos livros e artigos científicos na área dos Direitos Humanos, Direito penal, História do Direito e Criminologia. É professor universitário da Universidade Estácio de Sá, da graduação e pós-graduação. Professor convidado de diversas Universidades no Brasil e no Exterior. Membro do CEMUSA- Centro de Estudos da Mulher na Espanha e do Instituto Jurídico Portucalense em Portugal. É Juiz de Direito de 3ª Entrância do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

¹ A Violência de Gênero é sistêmica em todas as classes e posições sociais.

² Não se deve confundir sociedade matriarcal com sociedade matrilinear. Houveram muitas sociedades matrilineares, em que a linha sucessória e para a aquisição da liberdade se contava em relação a linhagem da mulher.

valor militar³. A guerra, que nas sociedades de civilização avançada podia ser encarada como um estado de exceção, passou a ser considerada quase como normal entre as que revelavam melhores aptidões, fazendo-as alcançar facilmente a supremacia sobre as demais: os mais bravos tornavam-se chefes. O fato mantinha-se constante, mas as modalidades que podiam assumir, segundo os casos, eram bastante diversas⁴.

Talvez toda a questão centrada nestas páginas venha acompanhada de interrogações acerca do que seria a *violência de gênero* e, como a mesma poderia ser representada por meio de um gráfico. Essa explicação causal, na modesta visão aqui delineada, apresenta-se como uma espiral, representada graficamente pela Figura 1.

Figura 1 – Reflexo da violência de gênero como centro de todo o sistema gravitacional da violência.



Fonte: gráfico elaborado pelo autor.

O que se percebe, na verdade, é a raiz de toda a violência que sofre a mulher em todos os planos da vida, seja no doméstico (âmbito privado), seja no social (âmbito público). Uma questão deve ficar logo esclarecida, tanto que será amplamente repetida. A mulher não sofre violência por estar no plano doméstico ou no plano público, ou mesmo na rua. A mulher sofre violência pelo fato de ser mulher, ou seja, é um dado sensorial da mentalidade masculina – *sou superior e por isto tenho que mandar*⁵. Está arraigado a um pensamento patriarcal que vem desde os primórdios da formação da sociedade.

Portanto, por estar no centro e ser o nascedouro de todo tipo de violência, dentro desse sistema interplanetário que se criou por meio do gráfico, os outros tipos de violência *gravitam* e giram em torno daquela que seria a causa de todas elas. A violência de gênero tem seus fundamentos, como visto, no pensamento da sociedade patriarcal e machista ao não permitir a evolução da mulher dotada de dignidade humana, conforme já afirmado por diversos documentos internacionais.

Tais fatores da violência contra a mulher, tanto na esfera pública como na privada, têm provocado discussões no âmbito das nações, levando-as a buscar meios e mecanismos de prevenção e combate a esse tipo de comportamento

³ O valor militar passou se refletir na questão da procriação. Filhos homens vão para os exércitos e as filhas, para o trabalho doméstico. Começara a divisão clara dos afazeres na sociedade.

⁴ BRAGA DA CRUZ, Manuel. *Teorias sociológicas I – Os fundadores e os clássicos*. Antologia de textos. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013. p. 408.

⁵ Este dado sensorial está ligado a diversas personalidades masculinas, arraigado a uma ideia patriarcal de que o homem é a medida de todas as coisas e sobre ele devem gravitar tudo e todos, sendo a mulher parte integrante do seu “acervo”.

deplorável. O Direito Internacional tem voltado sua preocupação para as constantes intervenções de diversos órgãos das Nações Unidas direcionados à salvaguarda dos direitos das mulheres, conclamando todos a colocarem um basta em tais atos de violência. Com o avanço da tecnologia e dos meios de comunicação, as nações não vivem mais como ilhas isoladas e suas ações inegavelmente se refletem em outras comunidades.

Não se pode negar que, ao se analisar a violência perpetrada, inicia-se simultaneamente a análise da condição da vítima ser uma mulher, o que representa um grande desafio, embora se reconheça que críticas eventuais possam atingir alguns setores. Todavia, não pensar assim seria anular toda a historicidade, em cujo cerne vem sendo vítima a mulher, pelo simples fato de ser mulher.

Esta constatação leva incessantemente à busca dos indicativos com base nessa premissa. Ademais, como afirmado por Acosta & Acosta (1998), a análise de todo o arcabouço da tese aqui defendida repousa na evidência da mulher como vítima e, a justificção para tais agressões por ela sofridas estão mais concentradas no campo da

A mulher não sofre violência por estar no plano doméstico ou no plano público, ou mesmo na rua. A mulher sofre violência pelo fato de ser mulher, ou seja, é um dado sensorial da mentalidade masculina – sou superior e por isto tenho que mandar. Está arraigado a um pensamento patriarcal que vem desde os primórdios da formação da sociedade.

justificção sociológica do que propriamente da medicina. Na verdade, tem toda sua gênese na visão patriarcal e machista da sociedade, o que será debatido de maneira incansável, descobrindo suas causas e delineando suas características, sem esquecer também outros fatores que podem desembocar na violência contra a mulher e tentar explicar as suas causas, esboçando soluções para a sua erradicação.

Tal pensamento respalda o caráter controlador do homem, que assim deve agir em sociedade, dominando tudo e todos, a começar pela mulher que dele é dependente. Claro que essas são as ideias baseadas em valores tradicionais impostos pela sociedade milenar. Esta forma de pensar do homem encampa, no seu intelecto, a permissão de maltratar a mulher e dominá-la quando esta não faz a sua vontade. Essa interface remonta, como se viu, ao homem pré-histórico, quando ele começou a descobrir que tudo era passível de dominação e poder, inclusive a mulher.

Os direitos humanos voltados para a mulher têm sido objeto de inúmeras cartas das Nações Unidas. Como visto, a violência contra as mulheres é uma questão de direitos humanos e, esta violência

está vinculada a um estudo sociocultural da violência do homem contra a mulher, englobando mecanismos para conseguir a subordinação da mulher.

Daí, diante dessa problemática, Martín Espino (1999) destacou com propriedade a realidade da mulher que resolve proceder contra seu agressor. Não obstante a decisão de denunciar os fatos, ela passa previamente por um processo de angústia suprema, por uma terrível luta entre a alternativa de se calar para não perder seu meio de vida e seu *status* social, e o desejo de falar, o que a obrigará a iniciar uma nova vida (muitas vezes com filhos e filhas a seu encargo), muitas vezes ocasionando que sua dependência do agressor seja substituída por uma forte dependência das instituições sociais. Por isto, quando chegam à polícia e aos juizados, elas estão sempre dominadas pelo medo e pela vergonha. Medo do futuro, seu e dos seus filhos, e vergonha do passado, que deve expor publicamente⁶. De acordo com as teorias feministas, é por meio do medo que os homens vão propiciar a manutenção do domínio masculino (STANKO, 1995 *apud* SIMÕES, 2007)⁷.

Tal pensamento respalda o caráter controlador do homem, que assim deve agir em sociedade, dominando tudo e todos, a começar pela mulher que dele é dependente.

Boix Reig & Martínez García (2005) ressaltaram que existem mensagens e campanhas publicitárias com imagens estereotipadas baseadas em papéis sociais que incidem na desigualdade entre os sexos, adjudicando a mulher a uma posição secundária confrontada com a do homem, que chega a extremos degradantes e que vulneram a dignidade da pessoa⁸. Acrescenta-se que a representação da mulher como objeto sexual é muito frequente, tanto que, a cada dia, mais denúncias têm sido apresentadas neste sentido.

A questão relativa à mulher está relacionada à história de lutas que envolve os direitos humanos, sendo importante destacar o afirmado por Calera (1987) de que há outra explicação sobre por que existem limitadas realizações dos direitos humanos.

Como explicitou María Antonia Bel (2000), a história da mulher pode ser observada de forma distinta a convencional desde os novos parâmetros, diante da frieza do dado político, econômico e social. Por este caminho, a história não deveria ser estudada exclusivamente como uma evolução de variáveis empíricas (política, economia, sociedade),

⁶ MARTÍN ESPINO, José Domingo (coord.). *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial – LO 14/99: protección de las víctimas de malos tratos*. Madrid: Colex, 1999. p. 84. Tradução livre do autor.

⁷ SIMÕES, Rita Joana Basílio de. *A violência contra as mulheres nos media: lutas de gênero no discurso das notícias (1975-2002)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 36.

⁸ REIG, Javier Boix & GARCÍA, Elena Martínez (coords.). *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*. Madrid: Isustel, 2005. p. 143. Tradução livre do autor.

mas também contando com sentimentos, vivências e atitudes das pessoas⁹.

Por isso, cita-se o explicitado por Inmaculada Montalbán Huertas (2006), ao destacar que uma lei destinada aos seus objetivos deve primordialmente ter quatro vetores a serem seguidos na sua exposição de motivos:

- 1- Remover os obstáculos que impedem a igualdade;
- 2- Reconhecer um grave problema estrutural da sociedade em relação à violência contra as mulheres;
- 3- Trazer um diagnóstico das causas necessárias para enfrentá-las. Dentre essas causas e de maneira prioritária, o fator cultural e de socialização desigualitária entre homens e mulheres, implicitamente assinalado como violência de gênero;
- 4- Manter sistematização e melhor coordenação institucional dos distintos profissionais que tratam das vítimas, além de atribuição ao juiz de medidas cíveis e penais tanto na fase preventiva como ao longo do processo, para

evitar a disparidade de critérios que provocam uma dupla vitimização¹⁰.

A violência de gênero, portanto, é a que leva a cabo todo tipo de agressão perpetrada pelos homens sobre as mulheres, pelo simples fato de serem mulheres, por considerá-las inferiores, e a maneira de exercê-la pode ser muito variada: violência entre as relações maritais, abuso sexual, violação, abuso laboral, penalização pela infidelidade feminina, mutilação genital, repúdio, etc.¹¹.

Segundo Martín Espino (1999), a IV Conferência Mundial sobre as Mulheres, promovida pela Organização das Nações Unidas em Pequim, no ano de 1995, definiu a violência contra as mulheres. Com esta definição, a sociedade encontra-se diante de uma nova forma de conceber a violência de gênero, como um delito, independentemente do âmbito em que se produza, com o que se inicia o combate à tradicional associação da violência das mulheres com as relações

A violência de gênero, portanto, é a que leva a cabo todo tipo de agressão perpetrada pelos homens sobre as mulheres pelo simples fato de serem mulheres, por considerá-las inferiores, e a maneira de exercê-la pode ser muito variada: violência entre as relações maritais, abuso sexual, violação, abuso laboral, penalização pela infidelidade feminina, mutilação genital, repúdio, etc.

⁹ ANTONIA BEL, María. *La historia de las mujeres desde los textos*. Barcelona: Ariel, 2000.

¹⁰ HUERTAS, Inmaculada Montalbán (dir.). *La Ley Integral Contra la Violencia de Género 1/2004 como instrumento normativo: balance de un año en el ámbito judicial. Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 4, p. 16-62, Madrid, 2006. p. 48. Tradução livre do autor

¹¹ BURRIEZA, Ángela Figueruelo; PÉREZ, Marta del Pozo; MARTÍNEZ, María Luisa Ibáñez & ALONSO, Marta León (coords.). *Estudios interdisciplinares sobre igualdad y violencia de género*. Granada: Comares, 2008 (Colección "Comares Monografías"). p. 40. Tradução livre do autor.

de família, conjugais e de companheirismo, que se desenvolvem em um código próprio e privado, inviolável para a coletividade em geral. É também de se destacar que este novo discurso ressaltou a importância de conceituar esta violência como um delito contra a integridade e a liberdade das mulheres, e não como um delito contra a honra ou a honestidade¹².

A Conferência de Pequim, no seu parágrafo 118, estabeleceu de forma cristalina essa relação de dominação agravada por um governo que sempre age de forma a não elaborar políticas, quer sociais, quer no plano legislativo, que visem a coibir a discriminação contra a mulher.

La violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la

familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad. La violencia contra la mujer se ve agravada por presiones sociales, como la vergüenza de denunciar ciertos actos, la falta de acceso de la mujer a información, asistencia letrada o protección jurídica, la falta de leyes que prohíban efectivamente la violencia contra la mujer; el hecho de que no se reformen las leyes vigentes; y la falta de medios educacionales y de otro tipo para combatir las causas y consecuencias de la violencia. Las imágenes de violencia contra la mujer que aparecen en los medios de difusión, en particular las representaciones de la violación o la esclavitud sexual, así como la utilización de mujeres y niñas como objetos sexuales, y la pornografía, son factores que contribuyen a que se perpetúe esa violencia, que perjudica a la comunidad en general, y en particular a los niños y los jóvenes¹³.

Esta realidade é alarmante. Segundo Santiago (2007), dados da OIT informam que, em 1998, numa escala mundial, 67% de todas as mulheres compreendidas entre 20 e 54 anos eram economicamente ativas. No ano de 2010, espera-se que essas cifras alcancem os 75%. Assim, reflète esta organização que existem desigualdades de gênero em situação ocupacional e em qualidade dos

¹² MARTÍN ESPINO, José Domingo (coord.). *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento jurídico y psicosocial – LO 14/99: protección de las víctimas de malos tratos*. Madrid: Colex, 1999. p. 65. Tradução livre do autor.

¹³ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2014, às 15h10, de Strasbourg-França.

empregos realizados por homens e mulheres. As mulheres geralmente trabalham o mesmo tempo, mas os homens têm empregos onde são mais bem pagos e mais seguros¹⁴.

Os dados internacionais da violência contra a mulher revelam-se, como dito, preocupantes. El Salvador ocupa a primeira posição em taxas de homicídio contra a mulher, respondendo com 10.3% de mortes para cada 100 mil mulheres. Seguido por Trinidad e Tobago, com 7.9 %, Guatemala, 7.9%; Rússia, 7.1%; Colômbia, 6.2%; Belize, 4.6% e Brasil, com 4.4%. Os dados pesquisados variam de 2008 a 2010, sendo o Brasil alocado em 2010. A Espanha registrou, em 2009, 0.3%, ficando em 74^o lugar, e a França, 0,4%, em 2008, ocupando a 68^o posição. Apenas a título de informação, a Islândia registrou 0.0% de homicídios contra a mulher em 2009¹⁵.

Dentro da sociedade, nenhuma mulher comete crime contra um homem por este ser homem. As razões desse tipo de violência são outros, assim também quando uma irmã ataca outra irmã. São matizes diferentes. Por esta razão, quando se comete um crime, dependendo do seu autor, ocorre variação na sua forma de análise conceitual.

Nunca é demais lembrar que a mulher não sofre violência porque está no âmbito doméstico ou no âmbito familiar; ela sofre violência por ser mulher, de maneira que estar nessa situação é fruto de uma concepção histórica, não se podendo ter uma visão

reducionista do problema. A mulher sofre violência por múltiplos fatores, quer no âmbito privado, quer no público.

O relatório final da Conferência de Pequim foi assinado por 189 países, os quais concordaram com as plataformas de soluções que deveriam ser adotadas pelos países como forma de combater a violência contra as mulheres. Foram aprovadas 12 recomendações. São elas:

- 1- A pobreza que pesa sobre a mulher;
- 2- O acesso desigual à educação;
- 3- A mulher e a saúde;
- 4- A violência contra a mulher;
- 5- Os efeitos dos conflitos armados sobre a mulher;
- 6- A desigualdade em relação à mulher na participação das estruturas de poder;
- 7- A desigualdade nas decisões de poder e nas demais decisões;
- 8- A falta de mecanismos do exercício para promover a mulher;
- 9- A falta de reconhecimento dos direitos humanos da mulher no plano internacional;
- 10- A mobilização insuficiente dos meios de informação para promover a contribuição da mulher em sociedade;
- 11- A falta de reconhecimento da contribuição da mulher na gestão dos recursos naturais e do meio ambiente;

¹⁴ FERNÁNDEZ SANTIAGO, Pedro. *Violencia familiar: la visión de la mujer en casas de acogida*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 77. Tradução livre do autor.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/>>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2014, às 10h15, de Strasbourg-França.

12- As meninas.

A referida conferência, em seu artigo 3º, destacou que toda a mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no âmbito privado. Ou seja: em 1994, já não se realizava distinção da violência sofrida pela mulher, devendo a lei fazer sua proteção integral.

A convenção em destaque, muito acertadamente, na sua parte preambular, evidenciou que a mulher persuadida de sua responsabilidade histórica deve fazer frente a esta situação para procurar soluções positivas. Além disso, enfatizou que a situação da mulher na América Latina tem um caráter generalizado, sem distinção de raça, classe, religião e idade ou qualquer outra condição¹⁶. Diversos países latino-americanos têm voltado suas atenções para este tipo de violência, promulgando leis internas para o controle e a erradicação da violência contra a mulher, atendendo aos anseios da comunidade internacional.

Denota-se que, desde 1995, quando se realizou a citada convenção, traçou-se a competência da Corte, levando-se em consideração a tendência que já se demonstrava, de que todo o complexo de leis de proteção à mulher deve ter por objetivo abraçar o *gênero*, que é a causa antecedente das discriminações e onde se centram todas as questões de índole material que impedem que a

mulher tenha e goze plenamente os direitos humanos que todos devem respeitar.

Deve-se reconhecer que, conforme estabelece o artigo 5º da referida Carta de Belém do Pará:

(...) toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre os direitos humanos. Os Estados partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula o exercício desses direitos.

Andou bem a citada Convenção quando do seu conteúdo em relação à violência que se quer erradicar, afirmando que a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a mulher ao reconhecimento e ao gozo do exercício de tais direitos e liberdades.

O artigo 1º diz textualmente:

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico

¹⁶ Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Convenção de Belém do Pará, de 9 de junho de 1994.

à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Artigo 2º Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica:

a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras

formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;

b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e

c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Portanto, pelo que se verifica na referida Convenção, está muito bem delineada a violência

contra a mulher no âmbito tanto privado como público, ou seja, desde a referida convenção, já se tem há muito tempo a concepção de gênero.

(...) 52% das horas trabalhadas no planeta são gastas por mulheres, os títulos de propriedade estão registrados em nome 99% dos homens, e, de todo dinheiro que circula no planeta, 90% estão nas mãos dos homens.

O processo de participação da mulher está nos dados da ONU, em 1995, citado por Duran e confirmado por Delgado Álvarez (2010), onde se ratificou que 52% das horas trabalhadas no planeta são gastas por mulheres, os títulos de propriedade estão registrados em nome 99% dos homens, e, de todo dinheiro que circula no planeta, 90% estão nas mãos dos homens¹⁷.

Tem-se aqui um dos nascedouros de toda a discriminação que sofre a mulher: a questão da distribuição de renda, isto já havia sido preconizado por Simone de Beauvoir quando fomentava que o trabalho seria a forma de dignificar a mulher.

No que se refere à economia, a participação da mulher torna-se essencial para que o processo de igualdade se firme. É frequente dizer que a economia vai bem porque se tem criado mercado de trabalho. Porém, para se entender bem o diagnóstico, este argumento parece equivocado, segundo as palavras de Isidre Molas (2004), porque comporta dizer que o fenômeno conjuntural depende diretamente da marcha global da economia. E tudo indica que o

¹⁷ DELGADO ÁLVAREZ, Carmen. Raíces de la violencia de género. In: ESCALONA, Antonio Nicolás Marchal (coord.). *Manual de lucha*

contra la violencia de género. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 43-64 (p. 50).

mesmo ocorre com o fenômeno estrutural integrado no coração da nova sociedade. Se for admitido que o fenômeno estrutural do trabalho estabelece o socialmente dignificado e há uma zona de superposição de situações intermediárias, parece evidente que o amplo espaço das novas desigualdades exige uma atenção particular por parte daqueles que as analisam com a vontade de eliminá-las e de criar políticas compensatórias¹⁸.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos traçou, dentro do Sistema Interamericano, estratégias para a proteção dos direitos humanos com ações negativas e ações positivas. As ações negativas visam a obter, por parte do Estado, a sua não interferência na vida do cidadão, deixando-o livre para prover a sua vida e a respectiva regulação. Em algumas sociedades, quanto mais livre o ser humano, melhor. Essas ações positivas tiveram origem nos Estados Unidos da América e se estenderam a outros países. É necessário somente ter cuidado para que tais ações não se transformem em novos motivos de discriminação, criando um ciclo vicioso interminável.

Mas o que seria o Sistema Interamericano de Direitos Humanos? Camargo (1960) citou a definição de Antonio Gómez Robledo: “uma ordem

jurídica de livre cooperação entre as repúblicas no Novo Mundo, cooperação que só se torna compulsória¹⁹ em virtude de compromissos recíprocos voluntários, dentre os quais está a Carta de Organização dos Estados Americanos e o Tratado Americano de Assistência Recíproca”²⁰.

Acrescente-se que ambas são necessárias ao fiel cumprimento de proteção dos direitos humanos das mulheres. Segundo Faroppa Fontana (2011), é importante destacar que as ações do Estado em matéria de segurança incorporam-se exclusivamente entre as ações negativas. Não obstante, a permanente evolução dos direitos humanos permite atualmente incluir, também, dentro das obrigações estatais no campo da segurança dos cidadãos, as obrigações positivas, a partir das quais a institucionalidade estatal deve, mediante uma gestão proativa, gerar condições que favoreçam e possibilitem o exercício dos direitos humanos comprometidos em situações de violência e criminalidade²¹.

Embora as ações positivas possam sofrer críticas de alguma parcela da sociedade, não há dúvida de que elas merecem atenção, não só porque visam a buscar a igualdade²² entre os seres humanos,

¹⁸ MOLAS, Isidre. *Por un nuevo pacto social*. Barcelona: Mediterrania, 2004. p. 21-22.

¹⁹ Quando se afirma “compulsória”, significa que os Estados partes devem proceder à criação de leis e mecanismos internos que visem à proteção integral da mulher.

²⁰ CAMARGO, Pedro Pablo. *La protección jurídica de los derechos humanos y de democracia en América – los derechos humanos y el Derecho Internacional*. México: Excelsior, 1960. p. 186. Tradução livre do autor.

²¹ FONTANA, Juan Faroppa. Respuestas policiales eficaces para la prevención y control de la delincuencia y la protección de las víctimas del delito. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 54, p. 113-124, San José de Costa Rica, julio/diciembre, 2011. p. 115. Tradução livre do autor.

²² Quando se fala de igualdades, a ideia é tratar de oportunidades. Neste aspecto, não deve haver nenhuma discriminação sob pena de afrontar as convenções internacionais que visam a erradicar a discriminação contra a mulher.

mas, acima de tudo, procuram dissipar todo um processo de discriminação da sociedade patriarcal.

Daí sempre é salutar citar o artigo 8º da Carta de Belém, letra b, segundo o qual devem os Estados partes modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, incluindo programas de educação formal e não formal apropriados a todo nível do processo educativo para combater o preconceito e os costumes e todo outro tipo de práticas que se baseiem na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimam e exacerbam da violência contra a mulher.

Segundo Inés García Zafra (2006), em diversos estudos realizados com mulheres vítimas de maus-tratos, encontram-se dados que demonstram que essas mulheres apresentam uma maior prevalência de síndrome de estresse pós-traumático, crises de ansiedade, fobias, abuso de substâncias, transtornos, dores crônicas, depressão e risco de suicídio²³. Sobre a questão, manifestou-se Delgado Álvarez (2010):

La violencia contra las mujeres es un instrumento que sirve a un fin. En este caso es el perpetuar un orden social de dominación sobre uno de los genéricos en los que biológica y socialmente se escinde la especie humana. Para conseguirlo, el

término masculino es elevado a representante de la especie homo; el femenino se subsume en él como parte del género humano. El sesgo que designa al todo por la parte es evidente; se corresponde con las concepciones patriarcales de la especie humana²⁴.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2009, promoveu vários itens, no quais fez recomendação aos Estados partes para haver a prevenção do delito e da violência do qual faz parte a violência de gênero. Dentre eles, destacam-se os explicitados a seguir.

1-Transformar o conteúdo das orientações em um marco normativo institucional e dispor de locações orçamentárias indispensáveis para fazer viáveis as respostas operacionais das vítimas da violência e do delito.

Ou seja: consoante essa diretriz da Comissão Interamericana, deve haver dotações orçamentárias próprias para o combate à violência de gênero e, não orçamentos genéricos e sem rubrica específica.

2-Dispor de medidas para erradicar qualquer forma de prática discriminatória na implementação da sua política de segurança do cidadão que impliquem maior vulnerabilidade diante das ameaças da violência do delito de determinados grupos de pessoas e setores sociais. Neste sentido, não é suficiente a adequação do marco jurídico

²³ ZAFRA, Inés García & DÍAZ, María José Jiménez. El maltrato y su naturaleza. In: CUEVA, Lorenzo Morillas (coord.). *Sobre el maltrato a la mujer*. Madrid: Dykinson, 2006. p. 238.

²⁴ DELGADO ÁLVAREZ, Carmen. Raíces de la violencia de género. In: ESCALONA, Antonio Nicolás Marchal (coord.). *Manual de lucha contra la violencia de género*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 43-64. O grifo consta do original.

exclusivamente. Em concreto, expressou a referida comissão, não basta que haja formalmente disposições legais que garantam a igualdade, estas devem ser efetivas.

Sobre esta disposição, assinala-se que não basta que os direitos estejam listados em um código qualquer: se não houver políticas que façam com que os mesmos sejam efetivamente aplicados, de nada adiantarão.

3-A CIDH recomenda ações afirmativas para reverter e mudar as situações discriminatórias, de *jure* ou de *fato*, em prejuízo de determinados grupos de pessoas diante de situações violentas onde participem agentes do Estado e particulares.

Quanto a esta recomendação da Comissão, denota-se a preocupação com a violência de gênero, tendo em vista que as mulheres se encontram numa situação de vulnerabilidade em relação ao homem em todos os sentidos, merecendo a intervenção do Estado com políticas públicas que visem a cessar tal situação.

No plano internacional, é essencial que os Protocolos Internacionais promovam essa igualdade. Celada (2004) comentou que, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujos artigos 1^o, 2^o e 7^o garantem a igualdade dos direitos perante a lei e igual proteção, assim como a proteção contra a discriminação, passando pelo pacto internacional de direitos civis e políticos, surgiram outros

documentos versando sobre a matéria, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e de Liberdades Fundamentais e a Carta Social Europeia²⁵.

É necessário também que busquemos uma sociedade que reconheça o seu viés patriarcal e, que todos acabemos com os estereótipos em relação à mulher, notadamente de discriminação e violência em todos os campos da vida social. Esperamos um dia que todos possamos ser como os chipanzés e os golfinhos, que no reino animal, são os únicos capazes de se reconhecer na frente do espelho. Parafraseando esta anedota, que possamos reconhecer nossos erros históricos em relação à mulher e busquemos verdadeiramente a igualdade preconizada no Direito Internacional.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Miguel Lorente & ACOSTA, José Antonio Lorente. *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*. Granada: Comares, 1998.

ANTONIA BEL, María. *La historia de las mujeres desde los textos*. Barcelona: Ariel, 2000.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. La relación entre el derecho y el poder: reflexiones a partir del modelo constitucional. In: PECES-BARBA MARTÍNÉZ, Gregorio & RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (coords.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

Ibáñez. *Violencia y desigualdad. Realidad y representación*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 198.

²⁵ CELADA, Justo Reguero. La prevención de la discriminación de las mujeres en el trabajo. In: PELAYO, Emilio Sampedoro, HERNÁNDEZ, Rosa María Merino & MARTÍNEZ, María Luisa

- BRANCO, Maria de la Salette Esteves Calvinho. *Violência conjugal contra a mulher: histórias vividas e narradas no feminino*. 2007. Dissertação (Mestrado em Comunicação em Saúde) – Universidade Aberta de Portugal. Lisboa.
- BRAGA DA CRUZ, Manuel. *Teorias sociológicas I – Os fundadores e os clássicos*. Antologia de textos. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.
- BRAVO RUBIO, Diana. ¿Que pasó con las mujeres? In: ESTUPIÑÁN, Natalia; TRUJILLO, Mariana Ardila; LÓPEZ, Juana Inés Acosta; CAMARGO, Jimena Sierra; RUBIO, Diana Bravo & OSPINA, Andrés García. *Apuntes sobre el Sistema Interamericano II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010 (Colección “Temas de Derecho Público”, vol. 82).
- BURRIEZA, Ángela Figueruelo; PÉREZ, Marta del Pozo; MARTÍNEZ, María Luisa Ibáñez & ALONSO, Marta León (coords.). *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género*. Granada: Comares, 2008 (Colección “Comares Monografías”).
- CAMARGO, Pedro Pablo. *La protección jurídica de los derechos humanos y de democracia en América – los derechos humanos y el Derecho Internacional*. México: Excelsior, 1960.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI – Memória del Seminario de Noviembre de 1999*. 2. ed. San José de Costa Rica: CIDH, 2003.
- CELADA, Justo Reguero. La prevención de la discriminación de las mujeres en el trabajo. In: Pelayo, Emilio Sampedoro; HERNÁNDEZ, Rosa María Merino & MARTÍNEZ, María Luisa Ibáñez. *Violencia y desigualdad. Realidad y representación*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.
- COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*. Paris: Dalloz, 1959.
- CORTÉS, Lina Mariola Díaz. La prevención situacional. In: CORTÉS, Lina Mariola Díaz & ÁLVAREZ, Fernando Pérez (coords.). *Introducción a la criminología*. Salamanca: Ratio Legis, 2013.
- DELGADO ÁLVAREZ, Carmen. Raíces de la violencia de género. In: ESCALONA, Antonio Nicolás Marchal (coord.). *Manual de lucha contra la violencia de género*. 1. ed. Navarra: Aranzadi, 2010.
- FERNÁNDEZ SANTIAGO, Pedro. *Violencia familiar: la visión de la mujer en casas de acogida*. 1. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- FIALHO, Maria do Céu; BARATA DIAS, Paula Cristina & CRAVO DA SILVA, Claudia Raquel. *A coragem das mulheres*. Plutarco. Coimbra: Minerva, 2001.
- FONTANA, Juan Faroppa. Respuestas policiales eficaces para la prevención y control de la delincuencia y la protección de las víctimas del delito. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 54, p. 113-124, San José de Costa Rica, julio/diciembre, 2011.
- GARCÍA BAUER, Carlos. Los derechos humanos en América. Guatemala City: Tipografía Nacional, 1997.
- GARCÍA GONZÁLEZ, María Nieves. *La igualdad de la mujer y la violencia de género en la sociedad informada*. Madrid: Dykinson, 2007.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: introdução a seus fundamentos*. Tradução de Luiz Flávio Gomes. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1997.
- GUEVARA PALACIOS, Augusto M. *Los dictámenes consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Interpretación constitucional y convencional. Barcelona: J. M. Bosch, 2012.

GUEVARA, Juan Burgos Ladrón de. *La violencia de género: aspectos penales y procesales*. Granada: Comares, 2007.

GIL RUIZ, Juana María. *Los diferentes rostros de la violencia de género*. Madrid: Dykinson, 2007.

GROS ESPIELL, Héctor. El derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del patrimonio común de la comunidad. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes*, v. 11, n. 11, p. 223-250, Mérida, 1980.

HUERTAS, Inmaculada Montalbán (dir.). La Ley Integral Contra la Violencia de Género 1/2004 como instrumento normativo: balance de un año en el ámbito judicial. *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 4, p. 16-62, Madrid, 2006.

LARRAURI, Elena & ADAMS, Karen L. (coords.). *Mujeres, Derecho Penal y criminología*. Madrid: Siglo XXI de España, 1994.

LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta, 2007.

LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Introducción al estudio del Derecho*. 2. ed. Granada: N. M. López, 1987.

LOBO, María Rosa Pinto & GRZEGOREK, Agnieszka Maria. Igualdad de géneros en el entorno de las nuevas tecnologías. Sensibilización en igualdad de oportunidades: roles de género y violencia. In: CABACO, Antonio Sánchez. *Decálogo para la igualdad*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, 2004.

MALDONADO, Altemio González. La dignidad y la igualdad de género. In: MÉNDEZ-SILVA, Ricardo (coord.). *Derecho Internacional de los derechos humanos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. T. II. México: Universidad Autónoma de México, 2008.

MARTÍN ESPINO, José Domingo (coord.). *La violencia sobre la mujer en el grupo familiar: tratamiento*

jurídico y psicosocial – LO 14/99: protección de las víctimas de malos tratos. Madrid: Colex, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Notas para la historia de la tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII. *Anuário de Derechos Humanos*, n. 3, p. 221-252, Madrid, 1985.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio & RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (coords.). *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

REIG, Javier Boix & GARCÍA, Elena Martínez (coords.). *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*. Madrid: Isustel, 2005.

SANZ MULAS, Nieves; GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles & MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María (coords.). *La Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*. Madrid: Iustel, 2005.

SANZ MULAS, Nieves; GONZÁLEZ BUSTOS, María Ángeles & MARTÍNEZ GALLEGO, Eva María (coords.). *La Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*. Madrid: Iustel, 2005.

SIMÕES, Rita Joana Basílio de. *A violência contra as mulheres nos media: lutas de gênero no discurso das notícias (1975-2002)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

STRAUS, Murray A. & GELLES, Richard J. How violent are American families? Estimates from the National Family Violence Resurvey and other studies. In: HOTALING, Gerald T.; FINKELHOR, David; KIRKPATRICK, John T. & STRAUS, Murray A. (eds.). *Family abuse and its consequences: new directions in research*. Beverly Hills: Sage, 1988.

YAGÜE, Ana Cristina Rodríguez & OCHAÍTA, Silvia Valmaña. *La mujer como víctima: aspectos jurídicos e criminológicos*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2000.

ZAFRA, Inés García & DÍAZ, María José Jiménez.
El maltrato y su naturaleza. *In*: CUEVA, Lorenzo
Morillas (coord.). *Sobre el maltrato a la mujer*. Madrid:
Dykinson, 2006.



*André Luiz Filo-Creão Garcia da Fonseca **

A PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – DO SOFISMA DA CAUTELARIDADE PROCESSUAL À REALIDADE COMO MEDIDA DE SEGURANÇA PÚBLICA

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

A prisão preventiva é, sem dúvida alguma, um dos institutos do Direito Processual Penal que mais controvérsias apresenta, haja vista que, uma vez decretada, restringe a liberdade ambulatorial do réu antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Por esse motivo, é imperioso que a referida medida, de caráter extremo, só seja decretada quando, efetivamente, estejam presentes seus pressupostos e, pelo menos, um de seus requisitos, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, item LVII CF/88¹.

Por esse motivo, no presente artigo, discorrer-se-á acerca dos pressupostos e requisitos

da prisão preventiva, a fim de que se possa compreender em que situações a mesma pode ser decretada e mantida à luz de nossa Constituição Federal.

Uma vez esclarecidos seus pressupostos e os requisitos, demonstrar-se-á que a prisão preventiva, quando decretada com fundamento na garantia da ordem pública, não possui cautelaridade processual, sendo medida de segurança pública.

2 PRISÃO PREVENTIVA

Neste tópico, discorrer-se-á sobre os pressupostos e requisitos da prisão preventiva a fim de que se possa compreender em que situações a

* Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Especialista em Direito Agrário pelo Centro de Ensino Superior do Pará (CESUPA), Aluno do Programa de Doutorado em Direito da Universidade de Coimbra – Portugal, Juiz de Direito Titular da Vara Agrária da Comarca de Santarém/Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA). andrefilocreao@hotmail.com.

¹ Art. 5º, item LVII CF/88 - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

referida medida pode ser aplicada ou mantida em conformidade com a Carta Política de 1988.

2.1 PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Atualmente, nosso Código de Processo Penal trata da prisão preventiva a partir do art. 311 até o art. 318 do mesmo dispositivo legal. Ocorre que, procurando ser fiel ao objetivo do presente artigo, proceder-se-á apenas a análise do artigo 312 do CPP, que trata dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva. Em face da importância do referido dispositivo, passo a transcrevê-lo:

Art. 312 do CPP: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (grifo nosso).

Parágrafo Único: A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

O dispositivo acima mencionado trata dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva. Os pressupostos da prisão preventiva encontram-se previstos na parte final do *caput* do art. 312 do CPP,

sendo eles a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Esses pressupostos, chamados de *fumus comissi delicti*, sempre deverão estar presentes por ocasião da custódia preventiva, ou seja, para que o magistrado comece a cogitar da possibilidade de decretar uma prisão preventiva, deverão estar presentes, cumulativamente, a prova da existência do crime e indícios suficientes de que a pessoa a ser objeto da medida constritiva tenha sido a autora da infração penal. (FONSECA, 2015, p. 82).

Lima (2012, p. 255), com relação a prova da existência do crime, assevera que é indispensável que o juiz verifique que a conduta supostamente praticada pelo agente seja, em tese, típica, lícita e culpável, devendo apontar as provas em que se apoia sua convicção. Há, pois, a necessidade de um juízo de certeza quanto a ocorrência do delito. Contudo, ainda segundo Lima (2012, p. 255), essa certeza não implica na necessidade, nos crimes que deixam vestígios, de que já conste dos autos o laudo pericial da infração penal, o qual poderá ser juntado posteriormente, bastando, para fins de decretação da prisão processual, que haja a certeza da prática da infração penal.

No que diz respeito à presença de indícios suficientes de autoria, Lima (2012, p. 255-256) sustenta que, para os fins do art. 312 do CPP, tal expressão deve ser entendida como *um prognóstico de um julgamento positivo sobre a autoria ou participação*. Assim, para que estejam presentes os pressupostos da prisão

preventiva, com relação à prova da existência de crime, deve haver um juízo de certeza, enquanto que, no que concerne à autoria, basta que haja uma probabilidade da mesma, sendo a expressão *indício* utilizada no sentido de prova semiplena.

Portanto, não havendo qualquer elemento ou materialidade do delito, não sendo o fato imputado tido como crime ou caso não haja indícios de que o agente a ser preso seja o autor da infração penal, não há que se imaginar na possibilidade da decretação de prisão preventiva, tendo em vista que, nesses casos, não se ultrapassou a barreira inicial para se segregar a liberdade ambulatorial do agente, ou seja, não há sequer o *fumus comissi delicti*. Nesse sentido é a doutrina:

Assim, por mais repugnante que seja um fato, não estando o mesmo elencado como infração penal, não se pode cogitar na decretação da prisão, ocorrendo o mesmo se não houver elementos indiciários suficientes a indicar que tenha sido o agente seu autor. Assim, apenas para ficar registrado e claro, para ocorrer o *fumus comissi delicti*, deve haver a presença

(...) não havendo qualquer elemento ou materialidade do delito, não sendo o fato imputado tido como crime ou caso não haja indícios de que o agente a ser preso seja o autor da infração penal, não há que se imaginar na possibilidade da decretação de prisão preventiva (...)

cumulativa da prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria (FONSECA, 2015, p. 82).

Em situações como essa, pois, não é possível ao magistrado avançar para analisar se estão presentes os requisitos da prisão preventiva, consubstanciada no *periculum libertatis*, sendo descabida a medida extrema.

2.2 REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA

Uma vez presentes os pressupostos da prisão preventiva, passará o juiz a ter a possibilidade de analisar se encontram-se presentes alguns dos requisitos da medida

extrema. Registre-se que, ao contrário do que ocorre com os pressupostos, cuja presença deve ser cumulativa, para que se autorize a prisão preventiva, basta que esteja presente um dos requisitos (FONSECA, 2015, p. 82).

Os requisitos da prisão preventiva, também chamados de *periculum libertatis*, consubstanciam-se na garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal.

Em face da peculiaridade de cada um deles, discorrer-se-á sobre cada um de maneira isolada.

2.2.1 Garantia da Ordem Pública

Este é o primeiro dos requisitos para a prisão preventiva. É também, de longe, aquele que mais polêmicas desperta. Figueiredo (2012, p. 108), afirma que o primeiro desafio do intérprete é saber o que quer dizer *ordem pública*, na medida em que se trata de um conceito indeterminado, fato que já levou os Tribunais a decretarem a prisão preventiva como garantia da ordem pública, utilizando-se como argumentos o clamor público, a intranquilidade social, a gravidade abstrata do crime, a credibilidade da justiça.

Ocorre, todavia, que a expressão *ordem pública* deve ser entendida como manutenção da convivência pacífica e ordenada entre as pessoas. Nesse sentido leciona Ramos (*apud* FIGUEIREDO, 2012, p. 108):

A ordem pública é, nessa concepção e na estrita perspectiva do imputado, como um lago de águas plácidas, que foi afetado outrora pela prática de um crime, mas que agora se encontra calma. Qualquer crime que seja cometido pelo imputado funciona como uma pedra que é jogada no lago e, com sua energia

Os requisitos da prisão preventiva, também chamados de periculum libertatis, consubstanciam-se na garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal.

cinética, altera-lhe a placidez, gerando ondas na direção da margem.

Rangel (2014, p. 807) assevera que, por garantia da ordem pública, entende-se a paz e tranquilidade social que devem existir dentro do grupo social, de modo que todas as pessoas devam viver em harmonia, sem que ocorram comportamentos que desviem da convivência em sociedade. Portanto, havendo por parte do investigado a continuidade da prática de delitos, há a perturbação da ordem pública, justificando-se a prisão preventiva.

Assim, a prisão preventiva, quando decretada tendo como fundamento a garantia da ordem pública, objetiva evitar que o investigado ou acusado, uma vez em liberdade, volte a delinquir, buscando-se, assim, a paz social. Nesse sentido leciona Távora (2012, p. 581):

Em nosso entendimento, a decretação da preventiva com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal. A ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em

havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nucci (2012, p. 84) afirma que deve ser conferida à garantia da ordem pública um significado concreto, não podendo o magistrado decretar a prisão preventiva valendo-se de conceitos vagos, abstratos, de ilações ou presunções de gravidade abstrata da infração penal.

Isto porque, de fato, não se justifica a prisão preventiva pela garantia da ordem pública com fundamento em meras conjecturas, lastreando-se o magistrado, por exemplo, na mera gravidade abstrata do delito imputado, haja vista que essa aferição só lhe cabe fazer a quando da eventual aplicação de pena, não sendo possível utilizar como argumento para a custódia cautelar o fato, por exemplo do *homicídio ser um crime grave, no qual uma vida humana foi ceifada*, tendo em vista que esse fato constitui a própria elementar do delito de homicídio. Todavia, pela garantia da ordem pública, será possível decretar a prisão preventiva por um homicídio quando, pelas circunstâncias concretas do fato, reste demonstrado que o réu, em liberdade, oferece riscos à sociedade. Nesse sentido é o entendimento do STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. MOTIVO TORPE. MEIO CRUEL. RECURSO QUE IMPEDIU OU DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE PRONÚNCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE EXCESSIVA. PERICULOSIDADE DA AGENTE. ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA MOTIVADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO IMPROVIDO. 1. Não há ilegalidade na manutenção da prisão cautelar quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a medida se mostra necessária para o acautelamento da ordem pública, dada a gravidade diferenciada do delito perpetrado. 2. Caso em que a recorrente restou pronunciada por participar de homicídio triplamente qualificado, porque, teria planejado e incentivado o cometimento do delito e, tendo sido presa em flagrante nas proximidades do

local do crime, pretendia auxiliar o executor, seu namorado, a empreender fuga, o qual, armado com uma faca e um martelo, desferiu inúmeros golpes de martelo e faca na sua ex-companheira, ceifando-lhe a vida, em tese, por uma suposta traição ocorrida no passado, circunstâncias que, somadas, evidenciam a maior reprovabilidade da conduta perpetrada e a personalidade violenta dos envolvidos, denotando o *periculum libertatis* exigido para a preventiva. 3. Recurso ordinário improvido. (RHC nº 69819 – Rel. Min. Jorge Mussi – DJ de 03/06/16).

Como se vê, desde que demonstrada a periculosidade em concreto do agente, admite-se a decretação da prisão preventiva tendo como fundamento a garantia da ordem pública.

Ocorre, todavia, que parte da doutrina entende que a prisão preventiva, quando decretada tendo como fundamento a garantia da ordem pública, violaria a Constituição Federal, mais precisamente o princípio da presunção de inocência, pois, nesses casos, não teria o fim de acautelar o processo, mas sim teria apenas e tão somente o objetivo de acautelar a sociedade, antecipando, assim, os efeitos da pena. (NICOLITT, 2001, p. 69).

É exatamente sobre essa questão que este artigo dedicar-se-á, o que fará melhor no capítulo a seguir, quando procurará demonstrar que a prisão preventiva como garantia da ordem pública encontra lastro na Constituição Federal como medida de segurança pública.

2.2.2 Garantia da Ordem Econômica

A garantia da ordem econômica é bem parecida com a garantia da ordem pública, caracterizando-se pela busca de prevenir o risco de reiteração criminosa em se tratando de crimes contra a ordem econômica. Procura, pois, evitar que o investigado ou acusado, em liberdade, continue a praticar novas infrações, colocando em risco a ordem econômica (FONSECA, 2015, p. 87).

Figueiredo (2012, p. 118-120) sustenta que a possibilidade de decretação da prisão preventiva como garantia da ordem econômica surgiu com a Lei nº 8.884/94, a chamada Lei Antitruste, procurando alcançar hipóteses que envolvessem grandes golpes no mercado financeiro, delitos esses que apesar de não serem cometidos com violência, são praticados com inteligência e engodo.

No que concerne a este requisito, considerando que a prisão preventiva deve ser tida como a *extrema ratio* das medidas cautelares, deve o magistrado estar atento para a possibilidade prévia de aplicação da medida cautelar diversa da prisão contemplada no art. 319, VI, do CPP. Nesse sentido a doutrina:

Concernentemente a este requisito, observa-se que atualmente, uma das hipóteses de medida cautelar diversas da prisão é a suspensão do exercício de atividade econômica, art. 319, VI do CPP, de modo que, para que seja decretada a prisão preventiva sob este argumento, deverá o Juiz motivar o porquê de deixar de aplicar a cautelar diversa da prisão e ter decretado a medida extrema, fato que pode ocorrer, por exemplo, se mesmo com a suspensão do exercício da atividade econômica, o réu tenha condições de continuar a praticar seus delitos, haja vista que possui "empresas fantasmas" que podem propiciar a continuidade delitiva.

Mendonça (2011, p. 273) sustenta que o chamado criminoso do colarinho branco é, em alguns casos, igual ou mais perigoso do que aquele agente que pratica crimes contra bens jurídicos

individuais, tendo em vista que os delitos por ele praticados levam à morte ou à miséria de muitas pessoas de forma indireta.

(...) a decretação da prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal, tem nítido caráter processual, na medida em que busca impedir que o réu, em liberdade, atente contra a livre produção de provas. Assim, restando comprovado que o demandado esteja tentando ameaçar ou subornar uma testemunha, sua prisão preventiva é medida imperiosa, evitando-se, dessa forma, ilícitudes na produção probatória (FONSECA, 2015, p. 87).

2.2.3 Conveniência da Instrução Criminal

Este requisito objetiva garantir a incolumidade das provas, evitando que estas sejam adulteradas, destruídas ou que haja intimidação de testemunhas.

Rangel (2014, p. 808) assevera que a instrução criminal não é conveniente, mas necessária, tendo em vista que é imprescindível para que se possa assegurar o desenvolvimento regular do processo. Por isso, impõe-se a prisão preventiva do agente que tentar ameaçar testemunhas, ameaçar Juiz, Membro do Ministério Público, tentar subornar testemunhas ou praticar atos que tenham o lastro de interferir na escoreita produção probatória.

Não há, portanto, dúvidas de que a decretação da prisão preventiva com fundamento na conveniência da instrução criminal, tem nítido caráter processual, na medida em que busca impedir que o réu, em liberdade, atente contra a livre produção de provas. Assim, restando

comprovado que o demandado esteja tentando ameaçar ou subornar uma testemunha, sua prisão preventiva é medida imperiosa, evitando-se, dessa forma, ilícitudes na produção probatória (FONSECA, 2015, p. 87).

Nesse sentido é o entendimento do STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUADRUPLAMENTE QUALIFICADO. MOTIVO TORPE. MEIO CRUEL E QUE RESULTOU EM PERIGO COMUM. RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DA VÍTIMA. PRISÃO PREVENTIVA. CUSTÓDIA FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. GRAVIDADE DIFERENCIADA. HISTÓRICO CRIMINAL DO RÉU. REITERAÇÃO CRIMINOSA. PROBABILIDADE CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AMEAÇAS À TESTEMUNHA. OBSTÁCULO À ELUCIDAÇÃO DOS ACONTECIMENTOS. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONSTRIÇÃO

FUNDAMENTADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. NEGATIVA DE COMETIMENTO DO ILÍCITO. INSUBSISTÊNCIA DOS MAUS ANTECEDENTES. SUPRESSÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. RECLAMO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO. 1. Não há o que se falar em constrangimento ilegal quando a constrição está devidamente justificada na garantia da ordem pública, vulnerada em razão da gravidade efetiva da conduta praticada, evidenciada pelas circunstâncias adjacentes ao crime, bem como em razão do efetivo risco de continuidade das práticas delitivas. 2. Caso em que o recorrente é acusado de, em comparsaria com outro indivíduo, durante a madrugada, invadir a casa da vítima, que ao perceber a violenta ação correu para a rua, sendo perseguida de motocicleta pelos ofensores e, ao alcançarem-na, desferir diversos disparos contra ela, na via pública, causando perigo comum, alvejando-a

duas vezes, o que provocou sua queda, momento em que o réu aproximou-se e apontou a arma para a cabeça do ofendido e por duas vezes tentou disparar, não conseguindo novas deflagrações. 3. O fato de o acusado possuir registros pela prática de outros delitos, inclusive por homicídio tentado, revela a inclinação à criminalidade violenta, demonstrando a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir, corroborando o *periculum libertatis* exigido para a preventiva. 4. Imprescindível se mostra a manutenção da constrição para garantir a escorreita coleta das provas quando há ameaças a testemunhas. 5. Condições pessoais favoráveis, ainda que comprovadas, não têm, por si só, o condão de revogar a prisão cautelar se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade. 6. Concluindo as instâncias ordinárias pela imprescindibilidade da preventiva, resta clara a inaplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão na hipótese, uma vez que, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal, a sua aplicação não se mostraria adequada e suficiente para acautelar a ordem pública e garantir a

futura aplicação da lei penal. 7. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, das alegações relativas à negativa de autoria e inexistência de maus antecedentes, sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, tendo em vista que as matérias não foram analisadas no aresto combatido. 8. Recurso ordinário conhecido em parte e, na extensão, improvido (RHC nº 61116 – Rel. Min. Jorge Mussi – DJ de 01/06/2016).

2.2.4 Garantia de Aplicação da Lei Penal

Este requisito, a exemplo do anteriormente referido, também tem nítido caráter processual. Isto porque, objetiva garantir o resultado prático do processo, sendo, pois, cabível a medida constritiva quando caracterizado que o investigado busca subtrair-se à possível aplicação da lei penal.

Registre-se que, para que fique demonstrada a possibilidade de decretação da custódia cautelar por esse fundamento, deve haver a comprovação de dados concretos, objetivos, seguros desse comportamento do demandado, não podendo o juiz decretar a medida extrema com base em meras conjecturas desprovidas de respaldo fático, como, por exemplo, a alegação de que o *acusado é pessoa com muitos recursos financeiros e que, por isso, pode se evadir do distrito da culpa*. Nesse sentido:

No tocante à garantia de aplicação da lei penal, observa-se, de igual modo, que visa assegurar o resultado prático do processo, pois, caso fique caracterizado que o agente está a praticar atos que indiquem o propósito de fugir, como, por exemplo, cumulativamente, alienar todos os bens, mandar família para o exterior e comprar passagem apenas de ida para o local onde estão seus familiares, resta incontestemente a necessidade de decretar a custódia preventiva como garantia de aplicação da lei penal, haja vista o manifesto propósito do acusado em se esquivar da sanção penal em caso de condenação.

Deve, neste particular, restar claro que não podem ser meras conjecturas ou dados abstratos a justificar a prisão, sendo imperioso que fique caracterizado concretamente que o réu está a praticar ou praticou atos que importem na confirmação de fuga (FONSECA, 2015, p. 87-88).

Nucci (2012, p. 86-87), corroborando esse entendimento, afirma que a garantia de aplicação da lei penal tem fundamentação limitada, vinculando-se a potencial fuga do agente. Sustenta ainda que não se trata de uma presunção de fuga, mas sim de

colheita de dados reais, que comprovem a possibilidade de saída do réu do âmbito de controle do Estado.

Esses são os requisitos da prisão preventiva, dos quais, destacar-se-á a seguir a prisão preventiva por garantia da ordem pública, demonstrando que a mesma não pode ser encarada como medida de cautelariedade processual, mas sim como medida de segurança pública.

3 O RECONHECIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Uma vez apresentados os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, cabe agora analisar questão que comumente é apresentada por respeitadas processualistas, os quais afirmam que a prisão preventiva, quando decretada tendo como fundamento a garantia da ordem pública, seria inconstitucional por violação ao princípio da presunção de inocência. Esclareça-se que neste item, os argumentos utilizados para a prisão preventiva como garantia da ordem pública também se aplicam à garantia da ordem econômica.

Lopes Jr. (2013, p. 107-108) afirma que como a prisão preventiva tem caráter processual, quando for decretada com finalidade diversa desse fim, é inconstitucional, na medida em que estaria sendo destinada a fazer justiça e não a garantir o

regular funcionamento do processo. Ainda segundo o referido processualista:

Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para a garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares, portanto, são substancialmente inconstitucionais.

Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública.

A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem que ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.

Nicolitt (2011, p. 69) defende o mesmo ponto de vista, asseverando que a prisão processual só seria compatível com o princípio da presunção de inocência quando tiver por finalidade a preservação do processo, pois, do contrário, seria uma antecipação de reprimenda. Segundo o referido professor:

O que tutela, ou deveria tutelar, a ordem pública (prevenção geral e

específica) é a pena. Usar a prisão processual para garantir a ordem pública é antecipar os efeitos da pena, o que é inconstitucional (NICOLITT, 2011, p. 69).

Diante desses respeitáveis argumentos, cabe responder a seguinte indagação: - Seria a prisão preventiva, quando decretada como garantia da ordem pública medida inconstitucional?

Pois bem.

Para responder a esta indagação, cabe aqui esclarecer que há um equívoco em muitos manuais de Direito Processual quando afirmam que a prisão preventiva, indistintamente, tem caráter de buscar a cautelaridade processual. Isto porque, essa afirmação apenas se aplica à prisão preventiva quando decretada com fundamento na conveniência da instrução criminal ou como garantia de aplicação da lei penal, conforme referido acima. Contudo, no que concerne à prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública e da ordem econômica, constata-se que tal asserção é, na verdade, um sofisma², sendo a construção de um dogma absurdamente afastado da vida dos fatos, pois, verdadeiramente, não se pode conceber a prisão preventiva como garantia da ordem pública como instrumento de cautelaridade processual, pois, nem de perto, visa garantir o resultado prático do processo. Assim, neste particular, em nosso sentir,

² Raciocínio utilizado com a finalidade de produzir ilusão da verdade, que, mesmo simulando um acordo com as regras da lógica, apresenta estrutura interna inconsistente, enganosa.

assiste razão aos doutrinadores que asseveram que a prisão preventiva como garantia da ordem pública nada tem de cautelaridade processual.

Ocorre que, muito embora a prisão preventiva por garantia da ordem pública não tenha cautelaridade processual, tal fato não pode jamais figurar como argumento para impedir a sua decretação. Isto porque, em que pese essa medida não visar alcançar aos fins do processo em si, objetiva garantir a segurança pública, procurando impedir o agente, que pela forma como praticou o crime, demonstre periculosidade tal, que fique demonstrado, pelo caso concreto, que possa reiterar seu comportamento criminoso, colocando em risco a sociedade, quando, então, caberá a prisão preventiva (FONSECA, 2015, p. 83).

Figueiredo (2012, p. 115-116) é quem, com clareza, demonstra ser descabida a tese de inconstitucionalidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública, argumentando que, nestes casos, o Poder Judiciário não estaria efetivando a proteção do processo em si, mas do conjunto da sociedade em face de investidas criminosas.

Figueiredo (2012, p. 115-116) é quem, com clareza, demonstra ser descabida a tese de inconstitucionalidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública, argumentando que, nestes casos, o Poder Judiciário não estaria efetivando a proteção do processo em si, mas do conjunto da sociedade em face de investidas criminosas.

Segundo Figueiredo (2012, p. 115-116), a análise da constitucionalidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública deve observar o art.

144 da CF/88, que trata da segurança pública e que afirma que o referido bem jurídico é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos. Assim, como a Constituição Federal afirma que a preservação da segurança pública é um dever do Estado e responsabilidade de todos, deve se concluir que a atividade policial, de responsabilidade do Poder Executivo, não é exclusiva, mas, ao contrário, avança para os demais entes públicos, aí incluído o Poder Judiciário, o qual, por força desse dispositivo, tem autorização constitucional para proteger vários bens jurídicos tutelados, os quais, não fosse possível esse tipo de prisão, estariam desguarnecidos.

Pela importância do argumento, transcrevo o posicionamento de Figueiredo (2012, p.115-116):

O exame a respeito da constitucionalidade da prisão para garantia da ordem pública deve considerar o artigo 144 da Constituição Federal, dispositivo que está no

capítulo dedicado à segurança pública, cujo *caput* celebra esse bem jurídico como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercido para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Note-se que, antes de listar as diversas corporações policiais reconhecidas constitucionalmente para promover a segurança da sociedade, a Carta Maior esclarece que a preservação da segurança pública é um dever do Estado, mas também uma responsabilidade de todos. Nessa linha, pode-se concluir que o Poder Executivo, através dos órgãos policiais, executará as políticas de segurança pública e de manutenção da ordem, embora tal atividade não lhe seja exclusiva, uma vez que, vale repisar, é responsabilidade de todos.

Em pesquisa sobre o tema, Marcelo Ferreira de Souza (2008, p. 13) lembra o conceito dado pelo Ministério da Justiça – pasta à qual estão ligados os órgãos policiais federais – ao bem jurídico segurança pública. Tal conceito pode ser encontrado na página virtual do referido ministério, assim expresso (2011):

A Segurança Pública é uma atividade pertinente aos órgãos estatais e à comunidade como um todo, realizada com o fito de proteger a cidadania, prevenindo e controlando manifestações da criminalidade e da violência, efetivas ou potenciais, garantindo o exercício pleno da cidadania nos limites da lei.

Essa forma de definição, que parece conter os elementos principais da noção de segurança pública, deixa claro que a tutela desta não é exclusiva das corporações policiais típicas. Ao contrário, espraiava-se pela estrutura do Estado e da sociedade, invocando o uso das mais diversas medidas que tenham potencial para prevenir e combater manifestações da criminalidade e da violência.

Com mais de um fundamento, Marcelo Ferreira de Souza (2008, p. 27) sustenta a ausência de exclusividade dos órgãos policiais na tutela da segurança pública: A segurança, como preceitua o art. 144 do texto constitucional, ao mesmo tempo que é direito do cidadão e dever do Estado, é da responsabilidade de todos.

A partir do texto constitucional citado, pode-se inferir que a enumeração dos

órgãos de segurança pública estabelecida naquele dispositivo (polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares) não é taxativa. Vale dizer, não se deve confundir segurança pública com instituições policiais. O texto constitucional fomenta a atividade daqueles órgãos, mas não exclui a responsabilidade de todos os setores da sociedade e dos poderes constituídos.

Com efeito, pode-se também inferir que a tutela jurisdicional afeta aos processos criminais também compõe a segurança pública.

Por isso é que se legitima, por exemplo, a prisão em flagrante delito por qualquer do povo (art. 302 do Código de Processo Penal) [...].

É lícito concluir, pois, que a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública insere-se na função desempenhada pelo Poder Judiciário no exercício do dever estatal de tutelar a segurança pública. Note-se que, com isso, está o Poder Judiciário a proteger uma extensa gama de direitos fundamentais da população, tais como a vida, a saúde e o patrimônio, os quais

ficariam a descoberto se não dispusesse o Estado dessa modalidade de prisão.

Atualmente, com a sistemática instituída pela Lei nº 12.403/2011, o Juiz deve analisar, após a prisão em flagrante, a possibilidade de conversão em prisão preventiva. Desse modo, imagine-se uma situação na qual um pistoleiro seja preso e autuado em flagrante pelo crime de homicídio qualificado. Por ocasião da prisão, a polícia encontra, dentro da carteira do criminoso, uma lista contendo, além do nome da vítima que acabara de assassinar e, ao lado deste, o preço do “serviço”, outros 20 (vinte) nomes, com os respectivos preços das futuras execuções. Diante dessa situação, indaga-se, pode o magistrado decretar a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública?

Não resta a menor dúvida que sim.

Isto porque, muito embora não tenha essa prisão caráter acautelatório para o processo, visa garantir a segurança pública, haja vista a existência de indicativos seríssimos de que o investigado, uma vez em liberdade, pode vir a reiterar em condutas criminosas. Portanto, manifestamente admissível a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública, a qual, repita-se, não pode ser vista como medida de cautelaridade processual, mas, sim como de fato é, medida de segurança pública.

Desse modo, não há qualquer limitação à decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública no texto constitucional, devendo

esta, quando decretada, ser tratada exatamente como é, ou seja, como medida de segurança pública, com lastro no art. 144 da Constituição Federal, tornando-se plenamente justificável sua aplicação à luz do texto constitucional, o que é inviável quando se buscam subterfúgios para asseverar que a mesma, a exemplo do que se dá com a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal, visa acautelar o processo.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado. **Prisão, liberdade e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011 comentadas artigo por artigo**. Leme, SP: J. H. Mizuno, 2012. 182 p.
- AMBOS, Kai. **Processo penal europeu**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal: comentários à Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011: prisão preventiva, medidas cautelares, liberdade provisória e fiança**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo. Medidas cautelares: Projeto de Lei 111/2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 448-501.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual: comentários à Lei nº 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- FERNANDES, Og (Org.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei nº 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 555-559.
- FIGUEIREDO, Igor Nery. Fins do direito penal no estado democrático de direito: expansão e crise. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). **Direito penal e democracia**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.
- _____. A prisão durante o processo penal: entre a presunção de inocência e o dever de eficácia da persecução penal. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.
- FONSECA, André Luiz Filo-Creão Garcia da. O monitoramento eletrônico na execução penal brasileira e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão. A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, Belém, v. 3, n. 5, p. 82-87, nov. 2010.
- _____. Os crimes de perigo abstrato em face da Constituição Federal de 1988. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos; GOMES, Marcus Alan de Melo (Org.). **Direito penal e democracia**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.
- _____. O monitoramento eletrônico e sua utilização como meio minimizador da dessocialização decorrente da prisão. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.
- _____. Medidas cautelares no processo penal: comentários à Lei nº 12.403/2011. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. 2.ed. Niterói: Impetus, 2012.

LOPES JR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

_____. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Direito processual penal. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Prisões cautelares. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACIEL, Silvio. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAGNO, Levy Emanuel. Curso de processo penal didático. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Ivan Luís. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.). Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Prisão e outras medidas cautelares pessoais. São Paulo: Método, 2011.

NICOLITT, André. Lei nº 12.403/2011: o novo processo cautelar: a prisão e as demais medidas cautelares. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Prisão e liberdade: de acordo com a Lei nº 12.403/2011. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TÁVORA, Nestor. Curso de direito processual penal. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.



Artigos

Caio Marco Berardo*

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O SISTEMA ACUSATÓRIO

1 INTRODUÇÃO

Sem sombra de dúvidas, uma das últimas novidades do Processo Penal é a audiência de custódia.

Como devemos entendê-la? Quais seus limites? Afinal, não são poucos os olhares desconfiados que vêm em sua chegada uma proposta inusitada aos paradigmas há muito sedimentados na cultura jurídica brasileira.

Sem prejuízo, ao emitir algumas opiniões, nossa proposta nesse pequeno e despretensioso artigo não é levar o leitor a conclusões fechadas e irrefutáveis, mas de dotá-lo de informações necessárias para entender a evolução histórica desse instituto, que pouco a pouco se transmuta com a passagem do Estado totalitário para o Democrático de Direito.

A pertinência desse tipo de abordagem, além de mero sistematizador histórico de sua evolução, pode nos fornecer parâmetros e prognoses das possibilidades evolutivas que ainda deverão ser encontradas pela doutrina e pelas práxis em solo brasileiro. Nesse aspecto, não é insignificante que, ante a ausência de legislação, pelo menos na acepção formal do que entendemos por lei, nossa configuração desse tipo de audiência foi buscar amparo diretamente no artigo 7º, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Mas o que isso realmente significa? Certamente uma retrospectiva nos auxiliará a responder. Assim, fieis à proposta investigativa, partiremos da perspectiva histórico-dogmática e percorreremos, dentro do eixo temporal, o seguinte

*Juiz de Direito-do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA).
Diretor do Fórum da Comarca de Terra Santa.

caminho: (a) Qual é a origem do instituto? (b) Como foi ele universalizado? (c) Qual o contexto e os parâmetros utilizados para sua normatização e regulamentação no cenário brasileiro? E, por fim, (d) Como essa leitura dentre o eixo temporal poderá iluminar o futuro desse neonato instituto no Direito brasileiro?

2 SIGNIFICADO ETIMOLÓGICO E ORIGEM HISTÓRICA

Etimologicamente custódia é um substantivo feminino cujo dicionário traz as seguintes definições:

1 - *jur* ato ou efeito de proteger, guardar alguém ou algo; proteção, guarda

2 - *jur* estado de quem ou do que está sob proteção ou guarda de outrem

3 - *jur* ato ou efeito de se deter pessoa que comete algum delito; retenção, detenção

4 - *p.met. jur* lugar onde algo é guardado com segurança ou alguém fica detido

5 - com guarda de títulos e valores feita por bancos e companhias de seguro contra roubo, incêndio etc.

6 - (1673) *litur.cat* receptáculo, ger. de ouro ou de prata, no qual se deposita a hóstia para expô-la à adoração dos fiéis; ostensório.

Podemos observar que, dentre os seis significados, o que mais se destaca é o sentido da palavra como proteção. Curioso, portanto, ao passo que hoje interpreta-se a audiência de custódia como

um direito do indivíduo detido, um mecanismo de proteção ao arbítrio do Estado.

Hoje o processo penal é visto como mecanismo de proteção e não mais como instrumento para aplicação de outras garantias e direitos. Quem precisa do processo é o cidadão, não o Estado. É sob esta ótica que analisaremos a relevância da atividade de custódia no sistema jurídico processual penal brasileiro.

O sistema de liberdades individuais encontra-se atrelado à evolução do Estado Arbitrário para o Democrático de Direito, nessa linha sempre se fixa a confecção da Carta Magna à criação do Habeas Corpus como ponto de origem.

Fruto da reação às prisões dos Barões ingleses da época, devedores de impostos, o termo “habeas corpus” do latim “tome seu corpo” era utilizado pelo magistrado inglês para ordenar ao carcereiro que lhe apresentasse o preso. Curioso notar que esse mecanismo surgiu após a prisão de indivíduos de poder econômico alto. Antes disso, todos os presos permaneciam custodiados até o julgamento, não havendo um prazo razoável para acontecer.

Por meio do “habeas corpus”, ordenava-se ao detentor a apresentação do preso, com o esclarecimento das razões da prisão, a fim de submetê-lo às determinações da Corte. Na prática, o instrumento processual não se revestia de grande efetividade, tampouco era invocado contra o poder do Rei. De qualquer forma, não se pode negar que

houve o começo de uma limitação do poder do Estado e início de uma espécie de devido processo legal, uma vez que, até então, o julgamento era de plano. O custodiado não tinha direito de defesa, era apresentado ao Rei que, de plano, lhe aplicava a pena e no caso de apresentação imediata, exercia a política do "Prendo e Rebento", ou muitas vezes apodrecia nos calabouços, não havendo garantia de um julgamento rápido.

Mais uma curiosidade em relação aos antigos dizeres do item CXXXVII das Ordenações Filipinas "Quando nós condenarmos alguma pessoa à morte," (no caso o nós refere-se ao Rei que está ordenando) "ou que lhe cortem algum membro, por nosso próprio moto, sem outra ordem, e figura de Juízo, por ira, ou sanha que delle tenhamos, a execução da tal sentença seja spaçada até vinte dias". A redação desse dispositivo é fruto de arrependimento de um governante que teve diante de si apresentado um fidalgo. Todavia, como o governante estava embriagado, nem considerou a relação existente entre eles e ordenou de plano sua execução, se arrependendo no dia seguinte.

3 ORIGEM HISTÓRICA NO BRASIL

No tempo do Brasil Colônia, predominava o sistema inquisitivo. As funções judicantes e de

investigação criminal se concentravam no magistrado. Não existia um corpo policial com funções especificamente investigativas, mesmo que submetido ao seu comando.

No tempo do Brasil Colônia, predominava o sistema inquisitivo. As funções judicantes e de investigação criminal se concentravam no magistrado. Não existia um corpo policial com funções especificamente investigativas, mesmo que submetido ao seu comando.

Haviam alguns grupos organizados com funções de polícia ostensiva. Em 1808 foi criada a Intendência Geral de Polícia, chefiada por um Desembargador com status de Ministro, que nomeava outros para representá-lo: os Delegados. Eles exerciam funções de Polícia Administrativa, Investigativa e também julgavam certos casos.

Enquanto na Inglaterra a audiência de custódia teve por objetivo afastar os "delegados" do Rei diante da reivindicação do povo, que queria "juízes" ao invés daqueles que eram meros mandatários, no Brasil, onde prevalecia a existência de Distrito de Paz, com Juízes de Paz, e Termos e Comarcas com um Juiz Municipal, Dom Pedro como detentor do Poder Moderador pretendia abstrair o poder dos juízes municipais que concentravam as funções de juiz de paz e delegado de polícia e atribuir a tarefa aos juízes de fora.

O Código de Processo Penal do Império regulava a matéria no capítulo *Da prisão sem culpa formada, e que pôde ser executada sem ordem escripta*.

Artigo 131: Qualquer pessoa do povo póde, e os Officiaes de Justiça são obrigados a prender, e levar á presença do Juiz de Paz do Districto, a qualquer que fôr encontrado commettendo algum delicto, ou emquanto foge perseguido pelo clamor publico. Os que assim forem presos entender-se-hão presos em flagrante delicto.

Artigo 132: Logo que um criminoso preso em flagrante fôr á presença do Juiz, será interrogado sobre as arguições que lhe fazem o conductor, e as testemunhas, que o acompanharem; do que se lavrará termo por todos assignado.

Artigo 133: Resultando do interrogatorio suspeita contra o conduzido, o Juiz o mandará pôr em custodia em qualquer lugar seguro, que para isso designar; excepto o caso de se poder livrar solto, ou admittir fiança, e elle a dér; e procederá na formação da culpa, observando o que está disposto a este respeito no capítulo seguinte.

A figura do Delegado existente no sistema Colonial havia desaparecido. Por outro lado, as funções investigativas e judicantes continuavam concentradas nas mãos do magistrado. O que faltava? O contraditório.

Em 1841, a Lei nº 261 determinou que os chefes de polícia seriam escolhidos entre os desembargadores e juizes de direito, e que os delegados e os subdelegados podiam ser nomeados entre juizes e demais cidadãos, tendo autoridade para julgar e punir. Nessa época, os delegados podiam conceder mandados de busca e apreensão, proceder a corpo de delicto, julgar crimes com penas até seis meses e multa até cem mil-réis. Posteriormente, a Lei nº 2.033 de 1871, esmiuçada pelo Decreto n. 4.824, concretizou a eficaz separação entre funções judiciais e policiais, vedando-se às autoridades policiais o julgamento de quaisquer ilícitos penais. Esse modelo é praticamente mantido até a presente data, inclusive com presença da autoridade policial.

Notamos, assim, que as figuras do Juiz e do Delegado de Polícia se fundiram e se separaram em diversas ocasiões e modos. Nesse passo, não vemos incoerência em atribuir ao Delegado de Polícia Judiciária a tarefa de presidir a audiência de custódia, desde que inserido o contraditório.

Segundo Paulo Rangel (2009, p. 182), sistema processual é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. Como se viu até então, o sistema sofreu mutações ao longo do tempo.

O Código de Processo Penal atual, redigido em 1941, foi inspirado no Código Rocco Italiano de 1930. Nessa época, os integrantes da escola técnico-jurídica viam o processo penal como instrumento de combate ao crime e não de garantia de direitos do indivíduo frente ao Estado.

De lá para cá houve uma evolução no sentido da substituição do sistema inquisitivo pelo acusatório. O processo penal passou a ser visto como garantia do indivíduo e não como instrumento de perseguição penal.

Até pouco tempo o Juiz e o Delegado podiam iniciar a ação penal por meio de portarias. A prisão preventiva podia ser decretada de ofício pelo Julgador e, era possível ao Delegado prender um indivíduo para averiguações. É certo que alguns resquícios permanecem, como a possibilidade de o

juiz realizar diligências e busca domiciliar pessoal, tarefas essas afetas à acusação.

Por isso, além da pressão internacional, compreende-se a inserção da audiência de custódia no processo penal atual como mais um aperfeiçoamento do sistema acusatório.

Desde já, registramos que, não obstante toda a mutação do sistema processual penal no Brasil, devemos lembrar e observar que o Delegado de Polícia não foi excluído do funcionamento da sistemática. Sua função deve ser apenas adaptada ao processo acusatório atual. Em seu voto sobre a regulamentação da audiência no Conselho da Magistratura do Estado de São Paulo de custódia, o Desembargador Ricardo Dip assim declarou: A ideia de “outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais” não está,

por evidente, a referir-se a um juiz de direito, porque tal o fosse não teria sentido falar em outra autoridade que possa exercitar funções judiciais. No caso brasileiro, esta “outra autoridade” é o delegado de polícia. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO Conselho Superior da Magistratura Processo SEMA 10.385/2016 –Voto RHMD 37.973)

Até pouco tempo o Juiz e o Delegado podiam iniciar a ação penal por meio de portarias. A prisão preventiva podia ser decretada de ofício pelo Julgador e, era possível ao Delegado prender um indivíduo para averiguações. É certo que alguns resquícios permanecem, como a possibilidade de o juiz realizar diligências e busca domiciliar pessoal, tarefas essas afetas à acusação.

4 RECEPÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO MUNDO MODERNO

Ausente na legislação brasileira, a audiência de custódia encontra amparo no artigo 7º, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica:

“toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”.

O pacto foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Sem aprofundar no mérito da incorporação dos tratados, resta claro que o Brasil, desde o início, afastou o dualismo, de modo que, independentemente do status, o tratado tem validade, e mesmo aqueles que os entendem como normas infraconstitucionais, não podem negar a sua força normativa, uma vez que não há legislação interna em dissonância com o tema. Ademais, hoje o Supremo Tribunal Federal inclina-se no sentido de os tratados possuírem status supralegal*.

A pergunta que fica é, porque somente agora se resolveu implementar a audiência de custódia?

Em 11 de março de 2004, a Corte Americana de Direitos Humanos julgou o mérito do caso 11.634[†]. Foi decidido que o Estado Brasileiro era

responsável pela violação do direito à liberdade pessoal, à integridade pessoal, a medidas especiais de proteção das crianças, proteção judicial e às garantias judiciais previstas, respectivamente, em artigos 7, itens 5, 4, 19, 25 e 8 da Convenção Americana. O caso, conhecido como Jailton Neri da Fonseca, dizia respeito à morte de crianças por soldados do Estado da polícia do Rio de Janeiro, ocorridas em 22 de dezembro de 1992. Talvez seja por isso que alguns defendem a necessidade da audiência de custódia na área da infância e juventude.

No processo, o Estado Brasileiro informou que havia empreendido esforços para punir violações dos direitos humanos contra a população brasileira, mas eles foram prejudicados pelo sistema jurídico brasileiro complexo e a estrutura do sistema judicial, o ritmo lento do processo judicial, o excesso de recursos de defesa, as quais atrasaram a administração da justiça e impossibilitaram a punição dos executores.

A partir daí, o Brasil continuou a sofrer pressões para adotar mecanismos capazes de melhorar a prestação jurisdicional no sentido de minimizar a impunidade da violação a direitos humanos. Veja-se que não é qualquer impunidade.

O Decreto 678/92 referente ao Pacto de São José da Costa Rica trouxe expresso no item 5 do artigo 7º três exigências.

* Para maiores detalhes ver voto vogal do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-1 Rel Min. CEZAR PELUSO

† <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm>

a) o direito de a pessoa ser julgada em prazo razoável

b) o direito de a pessoa ser colocada em liberdade em caso de desatendimento do disposto no item "a"

c) a condução da pessoa presa a uma autoridade judicial para avaliar as condições de sua prisão e necessidade de mantê-la custodiada.

Nesse sentido, a apresentação do detido a uma autoridade, prevista no item 5 do artigo 7º da Convenção, deu origem à ideia da implementação da audiência de custódia.

Antes disso a Emenda Constitucional 45/03 previu expressamente, no inciso LXVIII da Constituição Federal, a duração razoável do processo; a Lei nº 12.403/2011 criou a possibilidade de se fixar medidas cautelares diversas da prisão.

Notamos que a legislação processual penal brasileira sofreu modificações advindas diretamente do pacto.

5 PROJETO DE LEI 554/2011[†]

Desde 2011 tramita no Congresso Nacional o PLS 554/2011. O diploma pretende dar nova redação aos parágrafos do artigo 306 do Código de Processo Penal.

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do

preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 2º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo 1º, o Juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos art. 310.

§ 3º A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou

[†]http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102115

de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.

§ 5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não o tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código. (NR)

No relatório submetido à Comissão de Direitos Humanos, os principais argumentos expostos foram no sentido de que qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. Foi defendida a ideia de que, pelo fato da lei processual penal já determinar o prazo de vinte e quatro horas para o envio do auto de prisão em flagrante após a lavratura do auto, seria pertinente

estabelecer o mesmo prazo para que a pessoa presa fosse conduzida à presença da autoridade judiciária.

Também se defendeu a necessidade de a lei garantir o efetivo acesso ao direito de defesa; bem como de que a audiência de custódia fosse restrita ao ato da prisão, sem se relacionar com o processo penal pela qual eventualmente responderá a pessoa privada de liberdade.

O projeto de lei não foi debatido com as instituições envolvidas. Os pareceres se limitaram ao campo científico e abstrato. As instituições ligadas à Magistratura e Ministério Público não se pronunciaram. Paire uma falta de sintonia entre os dispositivos previstos e a realidade encontrada.

Notamos dessa forma que, aos poucos, a legislação processual penal vai se tornando uma colcha de retalhos mal unidos e desordenados com o fim de atender mais os dizeres de um diploma que, por mais que dotado de importância, foi confeccionado sem observar a sistemática aqui existente. Que fique claro, portanto que não desprezamos o sistema de proteção internacional, todavia nos parece totalmente desalinhado com o mecanismo nacional.

6 ANTECIPAÇÃO DO CNJ E DOS TRIBUNAIS NA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. VIABILIDADE E PRAGMATISMO DIANTE DA REALIDADE BRASILEIRA

Ao ler as razões do projeto de lei e relatório das comissões que o apreciaram, fica claro que a redação do projeto resultou de debates entre o Ministério da Justiça, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil. O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) divulgou nota apoiando. Não se tem notícia da participação do Poder Judiciário ou entidades a ele ligadas na discussão do PLS 554/2011. O Judiciário recebeu a essência da audiência de custódia tal qual lhe colocaram essas entidades pouco familiarizadas com as suas particularidades (com destaque para as especificações regionais) e dos demais atores, em especial Ministério Público, Polícias e Sistemas Carcerários e institutos de perícia.

A ideia da audiência de custódia começou a brotar no 67º Encontro do Colégio Permanente de Corregedores-Gerais de Justiça do Brasil (ENCOGE) após o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão editar o Provimento 14/2014 que previa:

caso o juiz plantonista vislumbre a necessidade de converter a prisão em flagrante delito em preventiva, deverá o mesmo realizar a audiência de custódia para oitiva do preso, ou encaminhar o respectivo auto para Central de Inquéritos, para realização do referido ato.

Em 06 de fevereiro de 2015 o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da Presidência e Corregedoria, editou o Provimento Conjunto 03/2015.

Depois da experiência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tomou a iniciativa de implementar o mecanismo da Audiência de Custódia antes mesmo que o projeto se tornasse lei, e muito embora a matéria seja de competência legislativa, e não *interna corporis* ou regulamentar, procurou efetivar o direito previsto em um tratado.

As principais bandeiras defendidas foram combater a tortura, conforme relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da Organização das Nações Unidas (ONU) (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e diminuir casos de prisão provisória, conforme relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos.

Na melhor das intenções, o CNJ editou a Resolução 213 de 15 de dezembro de 2015. Ocorre que, mesmo flexibilizando a sistemática em alguns pontos, como o parágrafo 5º:

O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da

pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no caput.

A linha adotada não se coaduna a realidade jurídica, nem mesmo ao mundo fático encontrado no Brasil.

Como exemplo, temos o artigo 2º, que versa sobre a responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, conforme os regramentos locais a respeito do deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência, e desse, eventualmente, para alguma unidade prisional específica, no caso de aplicação da prisão preventiva, ao passo que hoje, diversas unidades não contam com esse serviço nem mesmo para deslocar presos para julgamento de mérito. Outro é o Parágrafo Único do artigo 4º, que veda a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia já que, em diversos locais, o quantitativo policial é extremamente reduzido ou até mesmo inexistente.

Hoje a Justiça brasileira demora a julgar os casos de réus presos. As estruturas das instituições de apoio assim como as da Justiça carecem de estrutura física e de pessoal. Temos dificuldades regionais que dificultam a operabilidade de muitas espécies de procedimentos.

Hoje, a Justiça brasileira demora a julgar os casos de réus presos. As estruturas das instituições de apoio, assim como as da Justiça, carecem de estrutura física e de pessoal. Temos dificuldades regionais que dificultam a operabilidade de muitas espécies de procedimentos.

Seria muito mais eficaz e lógico melhorar a infraestrutura existente para atender essas exigências do que criar outra sistemática burocrática e complexa que, ao final, acabará atravancando mais ainda a persecução penal.

O uso da tecnologia atual, inclusive em breve a adoção do processo eletrônico, permite reduzir fronteiras e dar mais eficácia aos direitos e garantias.

7 SUGESTÃO LEGISLATIVA

Para fins de adequação ao sistema jurídico penal brasileiro e melhor eficiência da atuação das entidades envolvidas, sugere-se a seguinte regulamentação:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, esta ouvirá o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, em seguida lhe entregará cópia do termo e recibo do preso. Na sequência, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e, por fim, o interrogatório do acusado.

§ 1º A lavratura do auto de flagrante e do termo de custódia, serão presididos por Delegado de Polícia Judiciária, e acompanhados por advogado indicado pelo preso, ou na falta, por Defensor Público, para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais.

§ 2º Se a pessoa presa em flagrante delito constituir advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, o Delegado de Polícia deverá notificá-lo pelos meios mais comuns, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto, para que compareça à lavratura do termo de custódia, consignando nos autos. Não havendo defensor constituído, a pessoa presa continuará a ser atendida pela Defensoria Pública.

§ 3º Antes de ser interrogado sobre a imputação do delito e a prisão, essa última quando da confecção do termo de custódia, o preso terá direito a entrevistar-se com o seu advogado ou Defensor Público.

§ 4º Independentemente da presença de advogado a prisão deverá ser comunicada à família do preso ou pessoa por ele indicada.

§ 5º O preso tem o direito de ser submetido a exame de corpo de delito a seu pedido ou de seu defensor.

Seria muito mais eficaz e lógico melhorar a infraestrutura existente para atender essas exigências do que criar outra sistemática burocrática e complexa que ao final acabará atravancando mais ainda a persecução penal.

§ 6º A presença da Defesa durante o procedimento de lavratura do termo de custódia, terá a função da audiência exigida pelo regramento internacional de direitos humanos e será registrada em autos apartados que não poderão ser juntados ou anexados a eventual processo.

§ 7º O termo de custódia e o auto de flagrante não poderão ser utilizados como meio de prova contra o depoente e versarão, exclusivamente, sobre as condições da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 8º A ausência de profissional da Defesa na lavratura do auto de custódia acarretará nulidade da prisão, todavia, não impedirá posterior decretação, desde que presentes os pressupostos da prisão preventiva e requerimento da acusação, não podendo fazê-lo de ofício o Magistrado.

§ 9º A Defesa deverá comunicar ao Ministério Público qualquer desrespeito aos direitos do detido e este, como órgão de controle externo da atividade policial, deverá tomar as medidas cabíveis para preservá-los e apurar eventual violação.

§ 10. Independentemente das disposições anteriores, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao Juiz competente e ao Ministério Público.

Art. 305. A comunicação de imediato ao Ministério Público, tem por objetivo oportunizar a acusação de se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310 deste Código, bem como requerer pedido de prisão temporária ou preventiva ou ainda o que entender de direito.

§ Único. O Ministério Público se manifestará no prazo de 24 horas após recebida a comunicação da prisão, instruída com cópia do termo de custódia, auto de flagrante e de todas outras peças até então existentes e poderá:

I- Pedir o arquivamento com o consequente relaxamento da prisão.

II – Requerer a prisão temporária, no caso de não oferecer de plano a denúncia, respeitadas as hipóteses e os prazos previstos em lei, com o fim de garantir a finalização do inquérito policial e apresentação posterior nos termos do artigo 46 deste Código.

III – Oferecer a denúncia e opinar obrigatoriamente sobre a necessidade ou não da prisão provisória ou de uma das medidas previstas no art. 310 deste código. Requerida, a necessidade da prisão cautelar deve estar devidamente fundamentada.

Art.306. Recebido os autos do Ministério Público e uma vez conclusos os autos, o Juiz decidirá no prazo de 24 horas e comunicará imediatamente à defesa e Ministério Público.

8 CONCLUSÃO

1. A apresentação do preso a uma autoridade judicial é um direito previsto e deve ser observado como forma de garantia ao contraditório, a fim de que não exista prisão provisória sem justa causa.

2. No caso do sistema processual penal brasileiro, o contexto histórico mostra que o Delegado de Polícia Judiciária é competente e indicado para exercer as funções de autoridade judicial prevista no pacto de San Jose da Costa Rica. Basta garantir o contraditório na apresentação, uma vez que a prisão já foi realizada pelo condutor.

3. Como ainda não há disciplina legislativa sobre o assunto, uma pequena reforma seria capaz de adequar o mecanismo da audiência de custódia ao sistema acusatório e à realidade brasileira.

4. A presença da defesa no ato da lavratura do termo de custódia garante ao custodiado o exercício do contraditório especial, relativo à prisão.

5. Da mesma forma, a previsão expressa da realização de exame de corpo de delito tem a função de preservar a integridade física do preso que, acompanhado de profissional habilitado, estará apto a denunciar abuso ao órgão competente pelo controle externo da atividade policial e as corregedorias.

6. Embora facultada, dispensa-se a presença obrigatória do Ministério Público na lavratura do auto de custódia, uma vez que recebido, se pronunciaria sobre o ocorrido e atuaria conforme seu entendimento.

7. O encaminhamento imediato do termo de custódia ao Ministério Público (passível por meio eletrônico, inclusive) permite a adoção total do sistema acusatório e evita a custódia do preso sem acusação formal ou justificativa de prisão.

8. A apreciação pelo Juiz no prazo de 24 horas após o pronunciamento do Ministério Público garante a brevidade da custódia e a decisão definitiva sobre a necessidade da manutenção da prisão preventiva.

9. A principal função da audiência de custódia, que é evitar a prisão imediata abusiva ou desnecessária, seria cumprida com a presença da defesa técnica no ato de lavratura do termo de custódia e realização do exame de corpo delito.

10. Evitar-se-ia a manutenção da prisão sem acusação formal por meio da efetiva aplicação do processo penal justo como garantia, representado pelo sistema acusatório puro e não simplesmente instrumental.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Projeto de Lei nº 554, de 2011. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. **Diário do Senado Federal**, n. 147, Brasília, DF, 7 set. 2011. p. 36707. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=102115>.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. 288 p. Do original em francês: *Surveiller et punir*.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal: e sua conformidade constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 1384 p.

_____; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**. São Paulo, n. 17, p. 1-9, set./dez. 2014. Disponível em <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209#_ftn12>.

MACHADO, Luiz Melício Uiraçaba et al. Evolução do Código de Processo Penal: mesa redonda do I Seminário de Política de Memória Institucional e Historiografia. **Revista Justiça & História**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v. 3, n. 5, p.1-37, 2003. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_ria/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf>.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. xviii, 1067 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997. 487 p.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 3. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a decisão recente do STF, março de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. xxii, 272 p.

RAYNER, Marcos Aurélio Pereira. **Origem, desenvolvimento, uso e abuso do habeas corpus. Consultor Jurídico**, Brasília, 7 set. 2012. Disponível em <

<http://www.conjur.com.br/2012set07/marcosbraynerorigemdesenvolvimentousoabusohabeascorpus?imprimir=1> > .

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Corregedoria Geral da Justiça. Provimento Conjunto nº 4/2015, de 29 de janeiro de 2015. Implanta no Departamento de Inquéritos Policiais da

Capital, a partir do dia 24.02.2015, a audiência de custódia, que será realizada nos autos de prisão em flagrante distribuídos na referida unidade. **Diário da Justiça Eletrônico**. São Paulo, 30 jan. 2015. Caderno Administrativo. p. 4. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=23290> .



Artigos

Ana Cláudia Bastos de Pinho*

Fernando Albuquerque**



SE O DIREITO PENAL É FANTASIA, AINDA ESTAMOS EM PLENO CARNAVAL

De paixões, um bom samba entende bem. Algumas tiram o sujeito do chão, furtam-lhe o sono e, sem pedir licença, roubam-lhe até a solidão. Como nos versos de Toquinho e Mutinho (sobrinho do eterno Lupicínio), tem paixão que é mesmo como fantasia, que desterra o sujeito para um perigoso e barulhento carnaval.

Se há nisso alguma escravidão, deixa-se a conclusão ao poeta, que melhor lugar encontra para temas tão difíceis. Mas, aproveitando o samba, cabe dizer que uma certa paixão há que se temer. Pois que, como fantasia, não temos dúvida: disfarça, ainda hoje, perigosa escravidão.

O Direito penal é esse algo que mobiliza paixões. Há séculos, inclusive (desde outros

carnavais). E, não bastasse, contrariando ainda a tese de que estas seriam breves.

E não se trata, infelizmente, daquelas paixões que levariam o sujeito a sondá-lo, estudá-lo, confrontá-lo, conhecê-lo (quem sabe até seus pais, sua família, suas origens), pois que, à essa altura da história, sequer há tempo para relacionamentos dessa ordem.

Tal proeza só acontece porque o discurso penal é extremamente sedutor. É bom que se diga que isso não se trata de uma afirmação estritamente performática. Afinal, *seducere* é palavra que antecipa os sentidos de atrair e encantar, ao mesmo passo em que corresponde também a desviar e disfarçar. Exatamente como opera o Direito penal.

* Doutora em Direito/ Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora de Direito Penal (UFPA). Promotora de Justiça.

** Mestre em Direito (UFPA). Auxiliar Judiciário/ Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA).

Embora insuprimível o hiato entre fantasia e realidade, pois que, em alguma medida, confundem-se; cabe-nos, ao menos, apontar algumas das estratégias sedutoras do discurso penal que não permitem ao senso comum (inclusive teórico) ir além desta cega fantasia. Alertar um apaixonado pode ser das mais inúteis tarefas, bem se sabe. Mas, dado que já se avançou – e muito – desde o primeiro encontro com o Direito Penal, talvez algum argumento provoque, pelo menos, a dúvida.

Como sabido, o Direito Penal se sustenta em um discurso oficial que procura justificar a sua existência-mesma e que corresponde às assim chamadas “teorias da pena”. Dentre elas, importa referir especificamente duas: a prevenção geral negativa e a prevenção especial positiva, porque são essas, grosso modo, as mais utilizadas pela fala autorizada (WARAT, 1995).

Pela primeira (prevenção geral negativa), o Direito Penal se justificaria a partir da coerção psicológica que exerceria sobre a coletividade, por meio da ameaça da pena. Em

outras palavras: as pessoas deixariam de praticar crime, com receio da resposta (pena).

A prevenção especial positiva, por seu turno, agiria diretamente na figura do “violador da norma”. A pena serviria, então, para incentivar o sujeito desviante a se “ressocializar”, “readaptar”, “reinsere”, e todos os demais “res” possíveis. Nada mais que docilizar (FOUCAULT, 2005), estabelecer um determinado padrão de comportamento. Padrão de comportamento esse, é bom que se diga, determinado pelas próprias agências penais, ou seja, pelos órgãos encarregados do exercício do poder de punir. Essa ideia deriva diretamente de uma concepção etiológica de crime e criminoso, própria da criminologia positivista do

século XIX, que relacionava a figura do “delinquente” com a do “doente, pervertido, amoral”, ou seja, todo aquele que necessita de tratamento e de correção. Para essas pessoas, nada melhor do que o cárcere e uma ótima ortopedia moral (FOUCAULT, 2005).

Sob o prisma que se queira, ambas as teorias possuem gravíssimos problemas!

Como sabido, o Direito Penal se sustenta em um discurso oficial que procura justificar a sua existência-mesma e que corresponde às assim chamadas “teorias da pena”. Dentre elas, importa referir especificamente duas: a prevenção geral negativa e a prevenção especial positiva, porque são essas, grosso modo, as mais utilizadas pela fala autorizada (WARAT, 1995).

A primeira, é falaciosa, pelo simples fato de partir de um pressuposto inexistente! Não existe criminalidade, mas criminalização! Ou seja, não há qualquer relação direta entre praticar crime e receber uma pena, senão entre receber uma pena e a escolha (seletiva) do poder punitivo.

Dito de outra forma: ninguém se deixa incentivar pela ameaça da pena, pelo simples fato de que essa ameaça não possui qualquer nexo de causalidade com a suposta conduta criminosa. Todos podem praticar crimes, mas apenas alguns serão escolhidos.

Outra mentira: não há relação entre pobreza e violência! Não é porque a pessoa é pobre que existe uma tendência quase natural a ser delinquente. O jovem pobre precisa de assistência do Estado porque isso é um direito fundamental! Não porque, caso desassistido, irá se tornar criminoso. Há jovens praticando crimes nos bairros nobres das grandes cidades. Os programas sociais não vão até lá, muito menos a repressão penal.

A segunda justificativa da pena, além de falsa, é de constitucionalidade duvidosa, para dizer o menos. O Estado não pode, desde uma perspectiva democrática, estabelecer um padrão de comportamento (normalização), por meio do castigo. Isso seria violar direitos básicos, como, por exemplo, o direito à imoralidade (FERRAJOLI, 2002). Isto é, direito a ser mau!

Direito a comportar-se da maneira que melhor aprouver ao sujeito, desde que, obviamente, isso não cause danos a terceiros.

Em outros termos: do sujeito condenado deve-se exigir nada além do que o cumprimento da pena! Se for de prisão, que fique encarcerado. Não se pode exigir que esse sujeito se amolde, docilize-se, tome para si uma alma que não é sua!

E agora? Se o direito penal não faz o que diz que faz, temos, simplesmente, uma crise, como insiste (de má fé) o senso comum? *"As cadeias precisam ser mais humanizadas"*. *"Precisamos conter a impunidade para que as pessoas voltem a acreditar nas leis"*. Haveria, a partir dessas falsas noções, uma certa crise nas funções manifestas do Direito Penal e a tarefa do jurista seria sempre correr atrás de uma solução para essa crise.

Ocorre que a solução não existe, pelo simples fato de que a crise também não! Seria como correr atrás do próprio rabo. É isso que nós, juristas, estamos fazendo, ludibriados pelo discurso oficial e sedutor do direito penal.

Por que resistimos em perceber que a tão decantada "crise" do Direito Penal não existe e que, na verdade, ele jamais se saiu tão bem no papel que, de fato, desempenha: produzir massacres (ZAFFARONI, 2013)?

Eis o que a fantasia esconde: o Direito Penal serve apenas para produzir massacres! Esse é o discurso penal real, porém escamoteado pela falácia oficial da prevenção e cura. É o que

Vera Andrade (2003) chama de eficácia invertida do Direito Penal: ele não cumpre as funções que diz perseguir, mas cumpre perfeitamente aquelas outras que estão escondidas.

Sempre haverá pessoas a eliminar, a excluir, a matar! O cárcere (para ficar nele, já que, infelizmente, representa o ápice de nosso sistema punitivo) reproduz mazelas que já foram (ou estão sendo) eliminadas da vida aqui fora. No cárcere, há pessoas morrendo por conta de um furúnculo! Há gente com tuberculose, hanseníase! Qualquer semelhança com o precário sistema de saúde pública, por óbvio, não é mera coincidência. Mas nesse, pelo menos, a pessoa não está enjaulada.

A despeito do alerta, há quem insista: deve-se ter mais e mais Direito Penal. Como o que se vende forte e protetor, acredita-se que ele dê conta de resolver mazelas sociais para as quais a realidade pede coisa bem diversa da pena.

E não é sutil a estratégia de perpetuação da fantasia. Afinal, um bom carnaval não se faz só com um folião. O discurso penal constrói todo um arsenal de sentido para manter a ilusão de quem nele acredita. Inventando emergências (como a da redução da maioria penal, por

exemplo) e pintando inimigos (como os adolescentes, que se constituem no alvo privilegiado da demanda punitiva, no Brasil), a

sedução se opera também através de um cenário que vai sendo montado e que, nessa trama fantasiosa, apenas o próprio direito penal daría conta de resolver. Como um herói.

De toda sorte, não se vive à isenção de paixões. Não por acaso, elas carregam o mesmo radical de *pathos*, aquilo que (embora nos lembre imediatamente patologia)

é, na verdade, um algo da ordem do existencial. Simplesmente acontece.

Delas não se pode fugir. Mas há paixões que, diferentemente da apontada no samba, ultrapassam a fantasia carnalizada (que escraviza) e abrem o sentido da própria experiência. Em outras palavras, permitem o encontro com sentidos que estão para além disso que atrai, que seduz.

A despeito de o discurso penal ser sedutor, ele escraviza apenas quem encerra o amor justo no primeiro encontro. É natural que ele perca muito do seu encanto, sobretudo quando a lida diária de um sistema de exclusão e

A despeito do alerta, há quem insista: deve-se ter mais e mais Direito Penal. Como o que se vende forte e protetor, acredita-se que ele dê conta de resolver mazelas sociais para as quais a realidade pede coisa bem diversa da pena.

de extermínio (sua face oculta) desterra a crença de que sua missão é proteger bens jurídicos. Mas o encanto que se perde anda no mesmo passo da razão que se devolve.

Um apaixonado reincidente, mesmo depois disso, há de sobreviver. Desde Shakespeare, se sabe que a razão e o amor “quase não andam juntos”. Ele há de entender que, onde há tanto amor pelo discurso penal, não pode haver outra coisa senão tanta (des)razão.

Warat (1988), um desses homens que muito entendiam de paixões, como os poetas, cuidou de indicar um lugar possível para torná-las férteis, no direito. Não como a fantasia que cega, a exemplo da que se nutre pelo direito penal, mas como experiência que devolve o sentido, que joga o indivíduo na experiência de confrontar e de ser confrontado e, que culmina, pois, com a mais autêntica e necessária transformação.

Dizia ele:

só os apaixonados contestam, protestam, procuram a transformação. As paixões não cegam; elas iluminam, utopicamente, o destino do ser apaixonado. A paixão é o alimento da liberdade. Não pode, portanto, existir pragmática da singularidade humana, sem seres apaixonados que

a realizem. A paixão é o que nos diferencia dos seres inanimados que simulam viver olhando, indiferentemente, o mundo à espera da morte. Só os seres apaixonados tem condições de procurar viver em liberdade, de procurar vencer as tiranias culturais.

Não se espere que essa paixão – a da crítica – seja menos tormentosa. Para muitos aliás, trata-se de deliberada autocolocação em risco. Há mesmo que se ter coragem.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

_____. O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas. In: WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1995. v. 1.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.



*Clodomir Araujo Junior**

BREVES NOTAS SOBRE O CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO E A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal, através do artigo 37, inciso XXI, prescreveu que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública. Esta disposição constitucional impulsionou a necessidade de um novo estatuto jurídico sobre as licitações. Assim, ainda no governo do Presidente Itamar Franco, o Brasil deu um importante passo, objetivando um maior controle e transparência dos gastos públicos com a publicação da Lei nº 8.666 de 22 de junho de 1993.

Até então, os únicos tipos penais prescritos pela nossa legislação sobre o tema encontravam-se nos artigos 326, 335 e 336 do

Código Penal. Portanto, existia, até em função da nova normatização estabelecida pela Lei de Licitações, clara e inequívoca necessidade de uma nova disciplina jurídico penal para o caso de descumprimento da regra do procedimento licitatório, que agora passava a ser obrigatório.

Ademais, não podemos esquecer o contexto histórico do final da década de 80 e início da década de 90, onde existia no âmbito da administração pública, uma busca crescente por um maior rigor em relação aos contratos públicos, decorrente, é claro, da obscuridade e da falta de transparência na administração pública, que reinaram durante o período da ditadura militar.

* Advogado. Especialista em Advocacia Criminal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Professor do Programa de Pós Graduação em Ciência Criminais do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Conselheiro Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Pará (OAB/Pa).

Exatamente em busca de um maior rigor e, como forma de tutelar este bem jurídico/licitação, agora com expressa previsão constitucional, foi que o legislador fez constar o tipo penal do artigo 89 na Lei nº 8.666/1993, o qual prevê pena de detenção àquele que dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou ainda que deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.

2 TRADICIONAL CONCEITUAÇÃO DO CRIME DO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93 COMO DELITO FORMAL

A doutrina nacional, de uma forma quase que uníssona, descreve o tipo como sendo crime formal. Sua caracterização, portanto, segundo esse viés, ocorreria independentemente da existência ou não de qualquer resultado naturalístico. Como exemplo, podemos citar o magistério de Nucci (2014, p. 526), segundo o qual *o crime do art. 89 da Lei 8.666/93, se perfaz ainda que inexistente o prejuízo para a administração pública.*

Na mesma linha, também é a lição do mestre administrativista Diogenes Gasparini (2001, p. 96):

No caso o que se quer genericamente proteger é a moralidade administrativa, a lisura nas licitações. Especificamente, o dispositivo visa impedir que as

hipóteses de dispensa e inexigibilidade sejam alargadas. Cuida-se de crime de perigo abstrato, pois não se questiona sobre eventual prejuízo sofrido pela Administração Pública em função do contrato celebrado ou a ser ajustado.

Estas definições partem de uma perspectiva puramente formal da tipicidade. Exaurindo a análise típica, tão somente em relação à ocorrência das condutas nucleares descritas pelo tipo, no caso: *dispensar, inexigir e deixar de observar.*

Tal definição encontra supedâneo na chamada TEORIA FINALISTA DO DELITO, onde a tipicidade se limita aos campos objetivo e subjetivo. Não havendo qualquer indicação de que, para a configuração do tipo, seja obrigatório o juízo de desvalor em relação à ofensividade da conduta. Esta análise se satisfaz com a verificação de elementos puramente formais.

3 TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO E A MODERNA DEFINIÇÃO DE TIPICIDADE PENAL

A teoria do delito representa, sem sombra de dúvidas, um dos campos mais empolgantes, porém complexos, da ciência do Direito Penal. Seu estudo, em constante

evolução, sofre profundas influências, segundo é claro, a escola penal, cuja sua formulação se baseia.

No Brasil, durante anos, houve uma dicotomia entre os defensores da chamada TEORIA CAUSALISTA DA AÇÃO e a TEORIA FINALISTA DA AÇÃO. Com a reforma penal, implementada em 1984, na parte geral do Código Penal, os adeptos da teoria finalista ganharam espaço e a grande maioria dos tratados, ou manuais de Direito Penal, elaborados pela doutrina nacional, formularam suas lições de teoria do delito com base no finalismo.

Aliás, não por outra razão, nossas cortes judiciais estabeleceram seus precedentes em quase sua totalidade, com base na ideia penal do finalismo.

Todavia, ao lado das formulações penais da Teoria Causal e da Teoria Finalista da Ação, outras concepções ganharam espaço e destaque na ciência penal, como é caso da conhecida TEORIA FUNCIONALISTA DO DELITO, desenvolvida na Alemanha pelo mestre Claus

Roxin (2003). Esta concepção fora responsável pela introdução da chamada Teoria da Imputação Objetiva, como elemento essencial para o estudo da teoria do delito.

Sob o fundamento de que o nosso atual Código Penal, não comporta a sua previsão, mais especificamente os elementos da imputação objetiva, nossos tribunais têm rejeitado a sua aplicação, restando o seu estudo com um foco meramente acadêmico.

Por outro lado, tem ganhado corpo cada vez mais, seja na doutrina, seja na jurisprudência pátria, uma concepção doutrinária do delito, que apesar de aproveitar várias formulações da teoria da imputação objetiva, encontra total consonância com o Código Penal em vigor e, principalmente, com a nossa Norma Fundamental.

Falamos da chamada TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO DELITO (ZAFFARONI, 2011), cujo enfoque principal é destacar, dentro da teoria do delito, o elemento da OFENSIVIDADE. Segundo esta formulação

*Falamos da chamada
TEORIA
CONSTITUCIONALISTA
DO DELITO
(ZAFFARONI, 2011),
cujo enfoque principal é
destacar, dentro da
teoria do delito, o
elemento da
OFENSIVIDADE.
Segundo esta formulação
doutrinária, a
intervenção do Direito
Penal deve ser restrita
aos casos de efetiva
ofensa aos bens jurídicos
tutelados (...)*

doutrinária, a intervenção do Direito Penal deve ser restrita aos casos de efetiva ofensa aos bens jurídicos tutelados, destacando-se:

Não há crime sem lei, e a lei diz que não há crime sem resultado, que constitui a ofensa ao bem jurídico protegido pela norma penal (CP artigo 13). Legalidade e ofensividade são duas exigências imperiosas impostergáveis da teoria do delito. No tempo do legalismo, apenas da primeira se falava. Já agora, no tempo do constitucionalismo, também da segunda dimensão (ofensividade) não podemos abrir mão (Gomes, 2011, p. 153).

Assim, podemos perceber que, buscando enfoque na disposição do art. 13 do CP, esta formulação teórica sustenta que, no campo normativo, sempre a configuração do delito dependerá, inexoravelmente, da ocorrência de um resultado. Ainda que no campo naturalístico a conduta não gere nenhuma alteração, no plano normativo, efetivamente, o resultado é condição *sine qua non* para concretização do crime.

4 O ATUAL POSICIONAMENTO DOS TJ E A EXIGÊNCIA DE EFETIVO DANO AO

ERÁRIO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO

Durante alguns anos a caracterização do delito de dispensa indevida de licitação, se revestiu de bastante polêmica no âmbito do Eg. Superior Tribunal de Justiça. Porém, após o julgamento da APN 480, em 29/03/2012, a questão restou pacificada. A maioria dos julgados, seja da Corte Especial, como das Turmas Especializadas em matéria criminal, 5ª e 6ª, passaram a adotar o mesmo posicionamento, qual seja: o efetivo dano ao erário é condição imprescindível para a configuração do tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93.

Destaque-se a manifestação do Ministro Cesar Asfor Rocha, que comandou a divergência predominante, assentando:

Mas compreendo que, para efeito de punir criminalmente o agente com base na norma do art. 89 da Lei nº 8.666/1993, não basta o dolo genérico. Devem estar caracterizados, a meu ver, não só o dolo específico de causar dano ao erário, mas também o próprio dano, pontos inexistentes no caso em debate e sobre os quais diverge a jurisprudência pátria. (Destacamos)

Este precedente revela em verdade, uma interpretação da norma penal bem próxima da teoria constitucionalista do delito. Existe, indubitavelmente, uma interpretação que supera a verificação formal da tipicidade, adentrando na sua dimensão material.

No mesmo sentido, a conclusão de que dano ao erário é elemento necessário à configuração do tipo, representa, em última análise, o próprio reconhecimento da ofensividade como requisito da tipicidade penal.

Interessante lembrar ainda que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), essa corrente ganhou espaço e se consolidou, após os inúmeros julgados, onde a Corte decidiu que, em matéria cível, a caracterização dos atos de improbidade, relacionados à dispensa indevida de licitação, somente deveria ocorrer em casos de comprovada má-fé do administrador, além, é claro, do efetivo prejuízo para a administração pública.

5 CONCLUSÃO

A intervenção do Direito Penal no estado democrático de direito deve ser restrita àqueles casos onde efetivamente ocorra OFENSA ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Afastar-se deste horizonte, permitindo desta forma, uma intervenção penal, desatrelada à OFENSIVIDADE, equivale a desautorizar o próprio postulado constitucional da INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL, visto que as ações banalizadoras da tutela penal atingem, inegavelmente, a sua subsidiariedade.

Imaginar, portanto, o delito de dispensa indevida de licitação como caracterizado, independentemente da ocorrência de efetivo dano à Fazenda Pública, seria o mesmo que chamar a intervir o Direito Penal em situação onde a sua tutela não restou necessária,

inclusive, pela não atuação de outras searas jurídicas, como o direito administrativo

Durante alguns anos a caracterização do delito de dispensa indevida de licitação, se revestiu de bastante polêmica no âmbito do Eg. Superior Tribunal de Justiça. Porém, após o julgamento da APN 480, em 29/03/2012 a questão restou pacificada. A maioria dos julgados, seja da Corte Especial, como das Turmas Especializadas em matéria criminal, 5ª e 6ª, passaram a adotar o mesmo posicionamento, qual seja: o efetivo dano ao erário é condição imprescindível para a configuração do tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93.

sancionador, no caso a improbidade administrativa.

A construção dogmática da TEORIA CONSTITUCIONAL DO DELITO é a que melhor se adapta a esta imprescindível subordinação entre Direito Penal e Constituição, entre norma penal incriminadora e princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995. 451 p.
- GASPARINI, Diogenes. **Crimes na licitação**. 2. ed. atual. São Paulo: NDJ, 2001. 213 p.
- GOMES, Luiz Flavio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 235 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 2 v.
- QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. 143 p.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Madrid: Civitas, 2003. t. 1.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 1981. 5 v., v. 3.



Artigos

*Beatriz de Oliveira da Silveira**

*Marcos Miléo Brasil**



O MARCO CIVIL DA INTERNET E O ENFRENTAMENTO AOS CRIMES CIBERNÉTICOS

1 INTRODUÇÃO

A popularização da internet mostrou-se ferramenta essencial ao desenvolvimento do ciberespaço, ambiente virtual globalizado onde as pessoas se relacionam, conversam, se divertem, trabalham, fazem transações bancárias ou comerciais, etc, contando com inúmeras vantagens sob o ponto de vista da praticidade, uma vez que o volume de informações que podem ser trocadas pelos indivíduos é imenso, atingindo milhares de pessoas em todo mundo e em tempo real.

Nessa intensa troca de informações entre indivíduos, verifica-se a extinção ou redefinição virtual das fronteiras entre os territórios, uma vez que há a miscigenação de

hábitos, culturas, idiomas, métodos de produção, podendo várias ações gerarem resultados a muitos quilômetros de distância de onde foram perpetradas.

[...] a globalização não veio para anular as variadas localidades, antes, ela atua numa relação dialética entre o local e o global, num fluxo contínuo e complexo de resultados que são produzidos em um lugar e guardam relação com fatos gerados em outro espaço (RAIOL, 2010, p. 85).

* Delegada de Polícia Civil. Assessora de Inteligência e Segurança Corporativa da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Sustentabilidade do Pará. Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública, pela Faculdade do Pará (FAP). Mestre em Segurança Pública, pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

* Delegado de Polícia Civil. Coordenador do Laboratório de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro da Polícia Civil do Estado do Pará. Mestrando em Segurança Pública, pela UFPA.

Observa-se que as tecnologias da informação e da comunicação ao redefinirem novas formas de socialização, agora por meio do ciberespaço, fazem surgir a necessidade de se ver em nova perspectiva velhos direitos (liberdade de expressão, privacidade, informação, comunicação), bem como de se tutelar juridicamente novos bens (FIORILLO; CONTE, 2013, p. 12).

Justamente a fim de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, foi aprovada a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, que também trouxe conceitos e procedimentos, propondo-se a acabar com a ausência de disciplina legal no ciberespaço.

A situação pré-Marco Civil era de completa ausência de regulamentação civil da internet no país. Ao contrário do que alguns entusiastas libertários poderiam achar, a ausência de leis nesse

É válido destacar que o Marco Civil, apesar de visar primordialmente a tutela dos direitos civis na internet, também tem aplicação no Direito Penal e Processual Penal, interpretando-se os conceitos fundamentais do novo diploma legal sistematicamente, buscando normatizar as formas de obtenção de provas quanto à materialidade e à identificação da autoria delitiva.

âmbito não representa a vitória da liberdade e do *laissez-faire*. Ao contrário, gera uma grande insegurança jurídica. Uma das razões é que juízes e tribunais, sem um padrão legal para a tomada de decisões sobre a rede, acabam decidindo de acordo com regras muitas vezes criadas *ad hoc*, ou de acordo com as suas próprias convicções, resultando em inúmeras decisões judiciais contraditórias (LEMOS, 2014, p. 10).

É válido destacar que o Marco Civil, apesar de visar primordialmente a tutela dos direitos civis na internet, também tem aplicação no Direito Penal e Processual Penal, interpretando-se os conceitos fundamentais do novo diploma legal

sistematicamente, buscando normatizar as formas de obtenção de provas quanto à materialidade e à identificação da autoria delitiva.

Acerca da interpretação sistemática, Tourinho Filho (2010) esclarece que é utilizada quando a dúvida recai sobre a regulamentação

do fato ou da relação sobre que se deve julgar, devendo o intérprete colocar a norma em relação a todo o ordenamento jurídico, aplicando os preceitos do Direito que têm pertinência com ela.

Assim, verifica-se que, em não havendo normas processuais penais específicas, é plenamente cabível a adequação de preceitos do Marco Civil na investigação de cibercrimes.

2 O MARCO CIVIL E OS ILÍCITOS PENAIS PELA INTERNET

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, em seu Art. 5º, trouxe conceitos fundamentais, que não se restringem apenas ao Direito Civil, quais sejam o de internet; terminal; endereço de protocolo de internet (IP); administrador de sistema autônomo; conexão à internet; registro de conexão; aplicações de internet e registros de acesso a aplicações de internet.

Tais definições são fundamentais para a compreensão jurídica de terminologias inerentes aos meios tecnológicos, permitindo a uniformização dos preceitos em petições, representações, requisições e decisões judiciais.

A internet é definida como “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes” (BRASIL, 2014).

Qualquer dispositivo capaz de ser habilitado para o envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço de protocolo de internet (IP), é chamado de terminal, podendo ser um computador, um tablet ou um smartphone, por exemplo. Após cada navegação na rede mundial de computadores, tem-se os registros de conexão, entendidos como o “conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados” (BRASIL, 2014) e os registros de acesso a aplicações de internet, que são “o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP” (BRASIL, 2014).

Assim, se um terminal é conectado à internet e, por meio de aplicações de internet, o indivíduo pratica condutas tidas pela lei penal como criminosas, já se verifica a perfeita aplicação de conceitos trazidos pelo Marco Civil a questões criminais, interpretando-se o novo diploma legal de acordo com o sistema jurídico brasileiro.

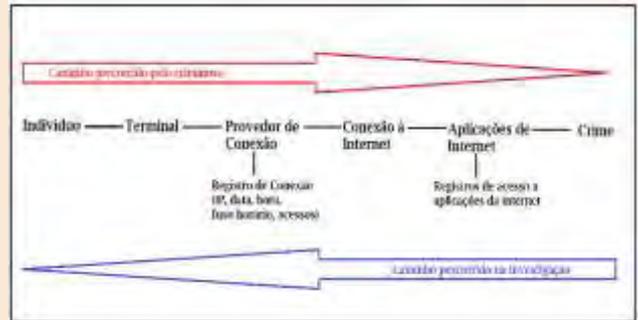
Nesse sentido, é imprescindível apresentar a conceituação de crime cibernético:

[...] qualquer conduta humana (omissiva ou comissiva) típica, antijurídica e culpável, em que a máquina computadorizada tenha sido utilizada e, de alguma forma, facilitado de sobremodo a execução ou consumação da figura delituosa, ainda que cause um prejuízo a pessoas sem que necessariamente se beneficie o autor ou que, pelo contrário, produza benefício ilícito a seu autor, embora não prejudique a vítima de forma direta ou indireta (LIMA, 2006, p.31).

Destaque-se que, para um terminal se conectar à internet, deve contar com um provedor de conexão, o qual realizará a atribuição ou autenticação de um endereço de IP, que estará à disposição do usuário durante toda a conexão, sendo, no entanto, dinâmico, ou seja, podendo ser modificado a cada nova conexão. Por esse motivo, para se verificar a autoria de um crime praticado no ambiente virtual, deve-se buscar todo o registro de conexão, a fim de verificar para qual usuário aquele IP fora atribuído, no dia e hora do delito, com o fuso horário respectivo.

A dinâmica de um crime cibernético pode ser assim resumida, devendo ser percorrido o caminho inverso para a identificação da autoria delitiva:

Figura 1 - Dinâmica do Cibercrime



Para fins de obtenção dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, é indispensável ordem judicial fundamentada, sendo que os provedores tem a obrigação de guardar os referidos dados por um ano (art. 13) e por seis meses (art. 15), respectivamente, nos termos de regulamento a ser ainda expedido (BRASIL, 2014).

Ora, levando-se em consideração que apesar de, em tese, os crimes cibernéticos deixarem vestígios, a investigação é complexa, motivo pelo qual os prazos de armazenamento dos registros por parte dos provedores é exíguo, podendo levar à impunidade, uma vez que após ser deferida a ordem judicial para a obtenção por parte do requerente dos registros de acesso a aplicações de internet, o mandado respectivo deve ser encaminhado ao provedor de aplicações e, após este encaminhar as informações solicitadas, será necessário contato com o provedor de conexão, para que este informe a quem, naquele dia, naquela hora, foi atribuído o IP identificado como sendo utilizado pelo criminoso.

Ressalte-se que o fornecimento de dados cadastrais (ou seja, a qualificação do usuário que utilizou o IP para a prática de ilícito) por parte dos provedores de conexão prescinde de ordem judicial, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 12.965/2014:

O disposto no *caput* não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição (BRASIL, 2014).

Dessa forma, visando justamente evitar que os registros de conexão e de acesso a aplicações da internet sejam perdidos pelo decurso do prazo legal, é fundamental que a autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público requeiram, diretamente ao provedor respectivo, que os dados sejam guardados por prazo superior, por cautela, tendo, a partir daí, o prazo de 60 (sessenta) dias para ingressar com a representação pela autorização judicial para a obtenção daqueles, a qual, em sendo indeferida, ou não protocolada, fará com que o pedido de preservação perca a eficácia (BRASIL, 2014).

De acordo com o Art. 22 do Marco Civil, o requerimento da parte interessada, aqui compreendida como o advogado, defensor público, delegado de polícia ou MP, para fins de autorização judicial, objetivando a obtenção dos registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet, seja em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, deverá, sem prejuízo dos demais requisitos legais, conter, sob pena de inadmissibilidade, a exposição fática apontando os fundados indícios da ocorrência do ilícito, justificando a utilidade dos mencionados dados para fins de investigação ou instrução probatória, bem como indicando o período ao qual estes se referem (BRASIL, 2014).

Na decisão judicial que autorizar a quebra de sigilo de dados telemáticos ou a exclusão de conteúdo ilícito, por exemplo, deve constar, sob pena de nulidade, a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, de modo a permitir a localização inequívoca do material por parte do receptor da ordem (Art. 19), assim como pode o magistrado determinar segredo de justiça (Art.23), inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro, visando a garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário (BRASIL, 2014).

Antes mesmo da vigência do Marco Civil, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já apontava no mesmo sentido, considerando ser fundamental a indicação precisa do conteúdo supostamente ilegal pelo autor da ação, como forma de localizá-lo em meio ao mar de informações que trafegam no meio virtual.

O cumprimento do dever de remoção preventiva de mensagens consideradas ilegais e/ou ofensivas fica condicionado à indicação, pelo denunciante, do URL da página em que estiver inserido o respectivo conteúdo (BRASIL, 2013).

No que se refere à remoção preventiva de conteúdo possivelmente ilícito, ou seja, solicitada ao provedor diretamente pela vítima ou seu representante, sem ordem judicial, o Marco Civil restringiu aos casos de disponibilização de conteúdo gerado por terceiros que viole a intimidade, decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, vídeos ou de outros

(...) os crimes informáticos, em suas mais diversas formas, tem atingido cada vez mais vítimas, independentemente de faixa etária, classe social, conhecimento técnico ou local em que vive.

materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado. Se após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, o provedor de aplicações de internet deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo, poderá ser responsabilizado subsidiariamente (BRASIL, 2014).

Assim, se for um caso de “vingança pornô”, por exemplo, onde um indivíduo divulga na rede mundial de computadores um vídeo onde aparece em cenas de sexo com outrem, com quem mantinha relacionamento afetivo agora rompido, o ofendido pode solicitar diretamente ao provedor de aplicações da internet onde o vídeo está hospedado que o retire do ar, com a maior urgência possível. Tal medida é imprescindível, com o fito de minimizar os danos à vítima, uma vez que quanto mais tempo o conteúdo estiver publicizado na internet, maiores as chances de se perder o controle sobre ele, tornando inócua quaisquer medidas judiciais futuras.

Nos demais casos de exclusão de conteúdo ou de obtenção de registros de

conexões ou de acesso a aplicações de internet, os provedores só podem ser obrigados por ordem judicial fundamentada. Entretanto, caso queira colaborar com as investigações, por exemplo, especialmente no caso em que vier a ser vítima, o provedor pode fornecer espontaneamente tais registros à polícia judiciária ou ao Ministério Público.

É válido reiterar que é fundamental a compreensão teórica e prática dos novos dispositivos legais, especialmente por parte dos operadores do Direito, uma vez que os crimes informáticos, em suas mais diversas formas, têm atingido cada vez mais vítimas, independentemente de faixa etária, classe social, conhecimento técnico ou local em que vive.

É como afirma Sydow (2013, p. 141):

Certo é que a grande distância que a informática gera e mantém entre as pessoas encoraja ações mais agressivas e menos comportadas tanto por parte do vitimário quanto por parte da vítima. Àquele pela ousadia e pressuposição de impunidade e a este por conta de segurança e porque maiores ousadias na navegação virtual geram maior vulnerabilidade, mais exposição ao risco sob a sensação de tranquilidade e frieza.

Para ilustrar e em síntese, pode-se exemplificar com um caso onde alguém tenha sido vítima de difamação por meio de um perfil falso em uma rede social. Como se dará a elucidação do ato ilícito?

Inicialmente a vítima ou seus procuradores devem preservar a materialidade do delito, salvando todo o conteúdo ofensivo, inclusive com a URL (endereço) da página referente ao perfil supostamente falso na rede social, buscando, *incontinenti*, conferir fé pública aos documentos gerados, seja por meio de ata notarial ou certidão de escrivão. Em seguida, deve ser solicitada ordem judicial, por meio de advogado, defensor público, autoridade policial ou ministério público, para fins de que o provedor de acesso a aplicações na internet informe os dados referentes à criação do usuário *fake* e todos os acessos e postagens deste. Após o recebimento do mandado judicial, o provedor irá informar a listagem de IPs, com datas, horas e fusos horários dos acessos ao referido perfil falso, sendo que, ao receber a referida listagem, deverá o requerente proceder à pesquisa em sítios da internet do tipo whois (ex. www.whois.registro.br), a fim de verificar qual o provedor de conexão que atribuiu aquele IP a um terminal, no dia e hora do (s) crime (s). Uma vez verificado qual o provedor de conexão, será necessário que uma autoridade administrativa (sem necessidade de ordem judicial) ou judicial

requeira a este que informe os dados cadastrais do usuário respectivo, chegando-se, em tese, à autoria delitiva.

O procedimento acima explicitado é exemplificativo e simplificado, não dispensando, todavia, a busca por outros elementos para a formação do conjunto probatório.

Observa-se, assim, que o Marco Civil da Internet é importante ferramenta a ser estudada e aplicada no enfrentamento aos crimes cibernéticos, visando o adequado processamento dos autores dos delitos, desestimulando novas práticas criminosas especializadas, caminhando-se em busca de segurança jurídica no seio social, seja no ambiente real, seja no virtual.

3 CONCLUSÃO

A sociedade atual desenvolve grande parte de suas relações no ambiente virtual, fazendo surgir a necessidade de que novos bens jurídicos mereçam a tutela jurídica estatal e que outros, ora recapitulados, sejam protegidos adequadamente.

Nesse contexto, o Marco Civil da Internet surgiu como importante diploma legislativo, a disciplinar princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Entretanto, em que pese ter objetivado preponderantemente a proteção de direitos

civis no ciberespaço, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, também tem plena aplicabilidade no processamento de crimes pela internet, inclusive por firmar conceitos fundamentais para a compreensão do fenômeno tecnológico no campo do Direito, evitando-se interpretações equivocadas por parte dos atores sociais e decisões judiciais contraditórias, favorecendo, portanto, a segurança jurídica.

Assim, urge que os operadores do Direito conheçam as disposições do referido diploma legal e sua aplicação na prática, como forma de harmonizar os mais diversos direitos e garantias expostos no ambiente virtual, inclusive possibilitando que os autores de crimes pela internet sejam identificados, processados e punidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.396.417 - MG (2013/0251751-0). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 de novembro de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 25 nov. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1279538&num_registro=201302517510&data=20131125&formato=PDF>.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. Crimes no meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2013. 302 p.

LEMOS, Ronaldo. O marco civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coord.). Marco civil da internet. São Paulo: Atlas, 2014. 1013 p. Parte 1, p. 03-11.

LIMA, Paulo Ferreira. Crimes de computador e segurança computacional. Campinas: Millenium, 2006. 234 p.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: N. Fabris, 2010. 255 p.

SYDOW, Spencer Toth. Crimes informáticos e suas vítimas. São Paulo: Saraiva, 2013. 351 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, 207 p



Artigos

Adrian Barbosa e Silva*

SOBRE PRISÕES PREVENTIVAS, CONTROLE SOCIAL E O GRANDE ENCARCERAMENTO

Atendo-se aos processos de encarceramento no mundo, Massimo Pavarini (2002, p. 106), um dos maiores expoentes da criminologia e penologia contemporâneas, em importante trabalho publicado em 2002, alertava que *“la crisi della pena moderna è in primo luogo misurabile nel suo grado di inflazione, esattamente come la moneta”*¹, constatando que se do ponto de vista global, aproximadamente 30 a 50 milhões de pessoas vivenciam a experiência prisional por ano, seria possível afirmar que se ao menos 30 milhões destas ficassem de mãos dadas, seria o suficiente para formar um filão de aproximadamente 60.000 km, o que equivaleria a dar quase duas voltas ao mundo na altura da linha do equador, formando o

que chamou de um “gigantesco carrossel”, numa espécie de “volta ao mundo penitenciária”.

Neste raciocínio, Máximo Sozzo (2015, p. 1) explica que o indicador relativo às taxas de encarceramento é incompleto para medir os níveis de punitividade (gradações de dor e sofrimento) produzidos pelos sistemas penais, não obstante, ainda que referencial imperfeito, resulta em um bom ponto de partida para compreensão do fenômeno da punição, possibilitando aproximação à complexidade fenomênica em caso. Tratando-se da prisão, em particular, possibilita averiguar a sua instrumentalização pelas agências judiciais (como pena ou medida cautelar), viabilizando verdadeiro *indicador de punitivismo* (SWAANINGEN, 2012, p. 260-264).

* Professor de Direito Penal, Escola de Direito, Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Coordenador do Grupo Cabano de Criminologia. Advogado. E-mail: <adrian_abs26@hotmail.com>.

¹ “A crise da pena moderna é, em primeiro lugar, mensurável no seu grau de inflação, exatamente como a moeda” (tradução nossa).

Desde essa perspectiva, os últimos dados coletados através do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) – sistema estatístico vinculado ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça (MJ) –, relativos a Junho de 2014, apontam que o sistema penal brasileiro ultrapassou pela primeira vez na história a marca de 600.000 pessoas presas, com exatas 607.731 (579.781, no sistema penitenciário; 27.950, em secretarias de segurança/carceragens policiais; e, 358, no sistema penitenciário federal), para 376.669 vagas (taxa de ocupação: 161% vagas) na data de conclusão da pesquisa (dados “congelados”), totalizando um déficit de 231.062 vagas. Se esse *quantum* for comparado com o número de pessoas presas que o Brasil possuía na década de 90, o aumento produzido durante um pouco mais de duas décadas equivale a 575% (6,7 vezes maior que em 1990).

Como explica Vera Malaguti Batista, os dados consolidam a chamada “era do grande encarceramento”, isto é,

(...) além de possuir a 4ª maior população prisional mundial (absoluta), o Brasil também é o 4º país que mais encarcera cautelarmente, com o total 222.190 (41%) de pessoas presas sem condenação, o equivalente a 4 a cada 10 presos definitivos (sentenciados), ficando atrás apenas dos Estados Unidos (480.000), da Índia (255.000) e da China (250.000).

[...] um paradigma que se globalizou nos anos 1990 e começa com a transformação de toda conflitividade social em crime. O crime passa a funcionar como um fetiche – impede a compreensão dos processos sociais. Além disso, há uma simbiose crescente entre o penal e o bélico. A noção de guerra passa a aplicar-se ao cotidiano da sociedade (CONDE, 2010), resultando no Brasil “que até 1994 tínhamos 110 mil presos, com um aumento médio da população carcerária de 4%, 5% ao ano. De repente, de 1994 a 2005, esse número quintuplicou, passou de 110 mil a 500 mil” (CONDE, 2010)². Confirmando a hipótese, o International Centre for Prison Studies – ICPS (2016), centro de pesquisa do Institute for Criminal Policy Research da University of London, destaca que o Brasil é o 4º país com a maior população carcerária do mundo (607.731), ficando atrás de Estados Unidos (2.217.000), China (1.657.812) e Rússia (642.444).

Quanto ao perfil, a população carcerária: (I) a maior parte é formada por jovens (31%, 18 a 24 anos; 25%, 25 a 29 anos – a população de jovens é

² Cf. ABRAMOVAY, BATISTA, 2010.

maior no sistema penal que na população em geral, com 21,5%); (II) 2 a cada 3 presos é negro (67% da população prisional em geral são negros); (III) o grau de instrução escolar é baixíssimo (53%, ensino fundamental incompleto e 12% completo, 11% ensino médio incompleto, 7% ensino médio completo, 6% analfabetos); (IV) a maior parte da população está presa por crimes relacionados às drogas ou crimes patrimoniais, como tráfico (27%) (aqui, enquanto o tráfico equivale à 25% de delitos praticados por homens, para mulheres, transita pra 63%), roubo (21%) e furto (11%), além de relevante taxa de homicídios (14%).

Impossível não destacar aquele que seria um dos fatores nodais da disfuncionalidade do sistema penal: além de possuir a 4ª maior população prisional mundial (absoluta), o Brasil também é o 4º país que mais encarcera cautelarmente, com o total de 222.190 (41%) de pessoas presas sem condenação, o equivalente a 4 a cada 10 presos definitivos (sentenciados), ficando atrás apenas dos Estados Unidos (480.000), da Índia (255.000) e da China (250.000).

Como é cediço, com o advento da Lei nº. 12.403/11, o Código de Processo Penal foi alterado

substancialmente no que se refere ao regime de cautelares, passando a haver apenas três formas de prisão provisória (prisão temporária, em flagrante e preventiva), bem como sendo instituídas medidas diversas da prisão (artigo 319, do CPP³), adquirindo o encarceramento cautelar, por força da proporcionalidade, o caráter de medida excepcional.

No que se refere aos fundamentos legais autorizadores da prisão preventiva – que continua sendo a forma de encarceramento provisório por excelência, já que a prisão em flagrante se requalificou como medida meramente precautelar – estão previstos no art. 312, do CPP, e materializam-se em: (a) garantia da ordem pública; (b) garantia da ordem econômica; (c) conveniência da instrução criminal; e/ou (d) garantia de aplicação da lei penal – requisitos que simbolizam o *periculum libertatis* (perigo de o investigado estar em liberdade e comprometer o transcurso do processo) –, cumulativamente ao fato de existir prova de existência do delito e indícios suficientes de autoria: *fumus commissi delicti* (probabilidade de ocorrência do delito). Ademais de tais requisitos, é preciso que as circunstâncias do artigo 313, do CPP⁴ também se evidenciem.

³ O art. 319, do CPP (Lei nº. 12.403/11) prevê como medidas cautelares diversas da prisão: (a) o comparecimento periódico em juízo; (b) a proibição de acesso/frequência a determinados lugares; (c) a proibição de contato com pessoa determinada por circunstâncias relacionadas ao fato; (d) a proibição de afastamento da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (e) o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; (f) a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; (g) a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça (casos de imputabilidade e semi-

imputabilidade à luz do art. 26, *caput* e § único, do CP); (h) a fiança; e (i) o monitoramento eletrônico.

⁴ O art. 313, *caput* e § único, do CPP, limita a prisão preventiva aos seguintes casos: (a) crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (b) se tiver o agente tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado (ressalvado o art. 64, *caput*, inciso I, do CP); (c) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (d) quando houver

Se o objetivo era reduzir o encarceramento (visão programada), os resultados da Lei nº. 12.403/11 seguiram o revés (visão trágica). Constatando ainda a estrutura inquisitória presente em diversos dispositivos⁵ (sem respaldo constitucional) à forma de um “remendo” ao CPP, Jacinto Coutinho explica que

Haver-se-ia, portanto, que declarar a inconstitucionalidade em todos os casos de ofensa à CR, algo que se não vai fazer – tudo indica – em razão da tradição de pouco se exigir das leis processuais penais neste sentido; e pouco se controlar por causa disso. [...] O que aparentemente se pretendeu com a Lei nº 12.403/11 tende a não vingar. Mas não porque ela seja má em si, e sim em razão de que temos muito caminho a percorrer até formarmos uma cultura democrática no processo penal, a qual só virá com a reforma global e a mudança efetiva para um processo fundado nas bases do sistema acusatório (COUTINHO, 2011, p. 4).

Se de 2011 pra cá a hipótese de incidência das prisões preventivas não reduziu, pelo contrário, a cada ano o número de pessoas presas provisoriamente vem aumentando, é possível afirmar que se não são utilizadas em sua excepcionalidade (elas têm sido a regra!⁶), a sua funcionalidade intencional é diversa da declarada e nem mesmo constitucionalmente aceita: é escamoteada. Não é à toa que Sanguiné (2003, p.113) denuncia:

Os fundamentos apócrifos da prisão preventiva – que também poderia denominar-se fundamentos não-escritos, ocultos ou falsos –, além de supor uma vulneração do princípio constitucional da legalidade da repressão (*nulla coactio sine lege*), permitem que a prisão preventiva cumpra funções encobertas, não declaradas, mas que desempenham um papel mais importante na práxis processual do que as funções oficiais propriamente ditas.

Porém, apesar de sua axiologia, o que se verifica é que a prisão preventiva, sobretudo quando

dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

⁵ “[...] *Investigação policial puramente inquisitiva, resquícios de iniciativa acusatória do juiz (artigos 28, 383, 384, §1º, 385, 417 e 418 do CPP), gestão da prova nas mãos do julgador (artigos 156, 209, 234 e 502 do CPP), prisões cautelares vinculadas a juízos prévios sobre materialidade e autoria (e culpabilidade, portanto), decisões demérito que não produzem coisa julgada material – para ficar apenas nesses exemplos – são evidência incontestável do anacronismo de nossa lei processual penal”* (PINHO; GOMES, 2009, p. 29).

⁶ Em pesquisa empírica recente realizada junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PA), onde foram analisadas decisões de *habeas corpus* pelas Câmaras Criminais Reunidas, que enfrentaram os fundamentos autorizadores do decreto preventivo (objeto de análise), constatou-se que a aplicação das prisões preventivas não foi a exceção dos julgamentos realizados em 2015, senão a regra, reconhecida como legítima e tendo sido autorizada em 86% dos casos analisados (com 99,34% de unanimidade de votos) pelo desembargo (SILVA, 2016, p. 25). Cf. ANDRADE, 2007.

aplicada e mantida sob a justificativa de garantia da ordem pública, deixou de ser

utilizada apenas para garantir o andamento do processo e a execução das penas, passando a funcionar de acordo com uma nova ideologia da punição em que o encarceramento massivo dos excluídos proporciona uma eficácia punitiva ilusória à sociedade (VASCONCELLOS, 2010, p.153);

é um meio de manifestação do controle social excludente⁷.

A crise relativa às prisões preventivas pode ser apontada na legitimação decorrida durante o liberalismo (princípio da excepcionalidade) que, porém, foi exasperada com o positivismo criminológico, afrontando violentamente a presunção de inocência, e então, passou a assim ser admitida e não contestada nos ordenamentos europeus e, a seguir, nos latino-americanos. Não por acaso, Julio C. Castro (2002, p. 545-570) compara a prisão preventiva a uma forma modernizada da *lettre-de-cachet* (espécie de carta na qual o rei, no *Ancien Regime*, ordenava a prisão sem julgamento, exílio ou banimento dos considerados indesejáveis) instituto estranho aos princípios constitucionais e que, não obstante, permanece entranhado (velado) e

administrando sofrimentos e mortificações de cidadãos.

A despeito de seu esvaziamento ocorrido no último século, partindo-se do garantismo de Luigi Ferrajoli, fundamental destacar que a presunção de inocência deve ser entendida desde um duplo desdobramento, garantidor de *liberdade* e de *verdade*: (a) *regra de tratamento do imputado*, a partir da qual reforça-se a tese segundo a qual a liberdade é a regra e a prisão é a exceção; e (b) *regra de juízo*, a partir da qual o ônus da prova é órgão de acusação, não podendo ficar a cargo do acusado, cabendo, por isso mesmo, sentença absolutória em caso de dúvida. A admissão do princípio da prisão *ante iudicium* (encarceramento sem condenação), independentemente de qual fim ao instituto da prisão preventiva queira se atribuir, “[...] *contraddice alla radice il principio di giurisdizionalità: che non consiste nel poter essere arrestati solo per ordine di un giudice, ma nel poterlo essere solo sulla base di un giudizio*” (FERRAJOLI, 2011, p. 561-566)⁸. Assim, importante notar que, desde os pontos de vista externo (critérios de lógica e de justiça) e interno (controle de constitucionalidade), Ferrajoli é um ávido defensor da desnaturalização das prisões preventivas. Para o italiano, o imputado teria o direito pleno de responder ao processo em liberdade em vista de sua condição de cidadão, bem como teria as condições devidas de se defender.

⁷ Assim, via prisões preventivas, “[...] *através de processos seletivos (estereotípi e criminalização) e estratégias de socialização (primária e secundária ou substitutiva), estabelecem uma rede de contenções que garantem a fidelidade (ou, no fracasso dela, a submissão) das massas aos valores do sistema de dominação, o que, por motivos inerentes aos potenciais tipos de conduta dissonante, se faz sobre destinatários sociais*

diferencialmente controlados segundo a classe a que pertencem” (CASTRO, 2005, p. 53-54).

⁸ “[...] *contradiz na raiz o princípio de submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de tenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento*” (tradução livre).

Sob a égide do Estado Novo, inevitável recordar que o atual CPP é produto de um complexo processo de importação/tradução cultural das codificações europeias e remonta suas matrizes ideológicas ao *Codice Rocco* (1930), de Mussolini (“cópia” do *Codice d’Instruction Criminelle* napoleônico), com ranços autoritários ainda muito presentes. Não obstante, na atual conjuntura, o Projeto de NCPP (PL n.º 8.045/2010), ainda em tramitação no Congresso Nacional, já aprovado pelo Senado Federal, em sua seção III (*Da Prisão Preventiva*) propõe delimitação das hipóteses de incidência do encarceramento preventivo⁹. Assim, o controle de constitucionalidade adquire importância ímpar quanto à instrumentalização constitucional-garantista da presunção de inocência (caráter acusatório) face ao CPP decisionista. Cabe ao jurista crítico indagar seu papel diante da conjuntura democrática pós-88, afinal, “pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído mas ele será somente linguagem se a

mentalidade não mudar” (COUTINHO, 2009, p. 2, grifo no original).

(...) o controle de constitucionalidade adquire importância ímpar quanto à instrumentalização constitucional-garantista da presunção de inocência (caráter acusatório) face ao CPP decisionista. Cabe ao jurista crítico indagar seu papel diante da conjuntura democrática pós-88, afinal, “pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído mas ele será somente linguagem se a

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 382 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Flagrando o flagrante na mão furtiva dos pobres: corpos encarcerados, biografias maculadas por xampus, condicionadores, desodorantes, capim...* In: BARRETO, Fabiana Costa Oliveira Barreto. *Flagrante e prisão provisória em casos de furto: da presunção de inocência à antecipação de pena*. São Paulo: IBCCRIM, 2007. 134 p. (Monografias; 42).

CASTRO, Julio C. ¿La prisión preventiva es una “Lettre-de-cachet” moderna? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 8, n.º 14, p. 545-570, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan:ICC, 2005, 284 p. (Coleção pensamento criminológico).

CONDE, Miguel. Vera Malaguti discute o “grande encarceramento”. *O Globo*, Rio de Janeiro, 18 dez. 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Lei n.º 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema

⁹À título de exemplo, o art. 556 determina a primazia das cautelares diversas (§3º), não podendo a preventiva funcionar como antecipação de pena (§1º) nem fundar em clamor público (§2º). Pelo art. 557, está

vedada para crimes culposos, crimes não-violentos com pena de até três anos e em caso de doença grave. Ainda existem hipóteses de prazo máximo de duração (art. 558, CPP).

inquisitório Brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 223, p. 4. jun. 2011.

_____. Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 2, 06 abr. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penal**. 10. ed. Roma: Laterza, 2011.

INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. **World Prison Brief: highest to lowest: prison population total**. [London: Institute for Criminal Policy Research, 2016?]. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief>>. Acesso em 24 jun. 2016.

PAVARINI, Massimo. Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla ‘ronda dei carcerati’ al ‘giromondo penitenziario’. **Rassegna penitenziaria e criminologica**, Roma, n. 1-2, p. 105-136, 2002.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. Impronúncia: uma nódoa inquisitiva no processo penal brasileiro. In: _____; _____ (coord.). **Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 27-50.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 113-119. 2003.

SILVA, Adrian Barbosa e. **Garantismo e sistema penal: crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento**. 2016. Dissertação

(Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2016.

SOZZO, Máximo. ¿Más allá del neoliberalismo? Cambio político y penalidad en América del Sur. **Cuadernos del pensamiento crítico latinoamericano**, CLACSO, Buenos Aires, n. 23, 2. época, p. 1-4, mayo, 2015.

SWAANINGEN, René van. Revirtiendo el giro punitivo. **Revista Derecho Penal**, v. 1, n.1, p. 259-292, mayo, 2012.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, xviii, 233 p. (Criminologias. Discursos para a academia)



Artigos

*Miguel Salim Queiroz Wariss**

A REVISÃO CRIMINAL COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA: A NECESSIDADE DE MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a apresentar fundamentos para modificar o entendimento jurisprudencial que entende ser incabível a concessão da antecipação dos efeitos da tutela requerida na ação de revisão criminal, por não existir previsão legal que o autorize.

Justifica-se o estudo pelo seguinte problema: sendo o devido processo legal, o respeito à coisa julgada garantias do acusado, como esses mesmos direitos são considerados obstáculos para a efetividade de outra garantia de mesma índole constitucional que é a revisão criminal?

Antes da discussão o trabalho discorrerá sobre as origens, a natureza jurídica e a disciplina legal, no direito brasileiro, da revisão criminal, o

instituto como garantia constitucional, os argumentos jurisprudenciais utilizados para rechaçar os pedidos de tutela antecipada na revisão criminal e os motivos pelos quais há a necessidade de se modificar esse entendimento.

2 AS ORIGENS HISTÓRICAS DA REVISÃO CRIMINAL, SUA NATUREZA JURÍDICA E DISCIPLINA LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO

A justiça das sentenças criminais sempre foi uma preocupação constante dos povos.

É em Roma que se encontram os alicerces desse instituto tal e qual é compreendido modernamente (GAMA, 2012) e desde essa época, a revisão criminal é entendida como ação autônoma

* Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Assessor de Desembargador/Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJE-PA)
R. Eletr. ESM-PA, Belém, v.1, n.3, p.144.-, agosto 2016

de impugnação, não havendo limitação quanto à matéria a ser discutida, o que só vai ocorrer na Idade Contemporânea, com o Código de Processo Penal Italiano de 1865 (GAMA, 2012).

No Brasil, a Revisão Criminal foi instituída pela Lei de 18 de setembro de 1828 e poderia ser interposta sempre que houvesse manifesta nulidade ou notória injustiça (GAMA, 2012).

A natureza jurídica da revisão criminal não é de um segundo recurso, mas, sim, de ação autônoma de impugnação que busca corrigir um erro judiciário de uma sentença já transitada em julgado¹

Atualmente, o artigo 621 do Código de Processo Penal estabelece as hipóteses em que a revisão criminal é cabível².

Registre-se que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a possibilidade de Revisão criminal *pro societate*³.

3 O STATUS CONSTITUCIONAL DA REVISÃO CRIMINAL

¹ O objetivo da revisão não é permitir uma "terceira instância" de julgamento, garantindo ao acusado mais uma oportunidade de ser absolvido ou de ter reduzida sua pena, mas sim, assegurar-lhe a correção de um erro judiciário. Ora, este não ocorre quando o juiz dá a uma prova interpretação aceitável e ponderada. Pode não ser a melhor tese ou não estar de acordo com a turma julgadora da revisão, mas daí a aceitar a ação rescisória somente para que prevaleça peculiar interpretação é desvirtuar a natureza do instituto (NUCCI, 2001, p. 933).

² Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Todas as Constituições Republicanas, de 1891 até a Carta de 1988, se referiram à Revisão Criminal como processo de competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF)⁴ e, com a Constituição Cidadã, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Inicialmente, poderia se dizer que se tratava de simples enumeração de competência da Suprema Corte. Todavia, essa interpretação mostra-se equivocada.

A própria Constituição de 1988, no seu art. 5º, LXXV, garante a indenização do condenado por erro judiciário⁵, que pode ser reconhecido na própria ação de revisão criminal⁶.

Ademais, o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966⁷, norma internacional que se obrigou a cumprir, por meio do Decreto Legislativo 226, de 12 de dezembro de 1991.

Ora, considerando que os direitos fundamentais não são só aqueles que estão previstos expressamente no art. 5º da Carta Magna, mas

³ Art. 623. A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

⁴ 1891 (art. 59, inc. III), 1934 (art. 76, 3), 1946, (art. 101, inc. IV), 1967 (art. 114, inc. I, alínea "m"), 1988 (art. 102, inc. I, alínea "j" – competência do STF – e 105, inc. I, alínea "e" - competência do STJ)

⁵ O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

⁶ O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

⁷ Art. 14, 6. Se uma sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente dessa condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil.

também aqueles que decorrem dos seus princípios fundamentais, dentre eles a dignidade humana⁸, e dos tratados e convenções sobre direitos humanos⁹, é inegável que a revisão criminal tem o caráter de garantia fundamental¹⁰. Sendo assim, esse direito e as normas que o garantem possuem a característica da máxima efetividade, ou seja, *a ela deve-se atribuir o sentido que possa otimizar ou maximizar todas as suas potencialidades* (CUNHA JUNIOR, 2016, p. 196).

4 A IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E A NECESSIDADE DE SE MODIFICAR A

⁸Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

⁹ Art.5º.§2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁰“A revisão criminal assume contornos de garantia fundamental do indivíduo, na forma de remédio constitucional contra condenações injustas.

Essa previsão constitucional da revisão criminal apresenta-se necessária, porquanto a coisa julgada também conta com assento constitucional (CF, art. 5º, XXXVI). Ora, como a revisão visa a desconstituição da coisa julgada, caso não fosse dotada de previsão na própria Constituição, poder-se-ia dizer que a coisa julgada deveria prevalecer por se tratar de garantia expressamente prevista na Carta Magna” (LIMA, 2015, p. 1784).

¹¹ Como por exemplo, cita-se acórdão do TJ/PA: Revisão criminal. Pedido revisional. Preliminar. Nulidade de laudo pericial. Rejeitada. Mérito. Julgamento contrário à evidência dos autos. Indeferimento. Existência de provas de autoria e materialidade que legitimam a condenação. 1. Preliminar: a regra do art. 159, § 2º do CPP não é

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O ASSUNTO

A antecipação da tutela nada mais é do que o provimento judicial que concede ao requerente os efeitos práticos do ato judicial que resolve a lide antes do encerramento do processo.

O instituto é disciplinado pelo art. 300 do CPC.

Ocorre que os Tribunais, em sua grande maioria, rechaçam a aplicação desse instituto nas revisões criminais com um único argumento: a ausência de previsão legal¹¹.

Todavia, essa não é a melhor interpretação.

Negar ao requerente a tutela antecipada por esse fundamento é ignorar a máxima efetividade, como direito fundamental, que a garantia da revisão criminal deve ter. Suponha-se que o condenado, ao

absoluta, razão pela qual havendo nos autos elementos mais que suficientes para provar a materialidade delitiva, insubsistente se torna a tese de nulidade ou desfundamentação do laudo pericial. Rejeitada. 2. Mérito: julgamento contra a evidência dos autos é aquele totalmente divorciado de qualquer sustentação fático-probatória. In casu, autoria e materialidade estão totalmente provadas pelos depoimentos testemunhais e laudo pericial, não havendo como desconstituir a decisão do Tribunal do Júri. 3. O Tribunal não está autorizado a excluir qualificadora já reconhecida pelo Conselho de Sentença em julgamento definitivo. 4. Por mais que se receba os antecedentes criminais na dosimetria da pena de forma favorável, assim como a primariedade, a qual também não foi provada, ainda assim há prevalência de circunstâncias negativas, o que gera a fixação da pena impreterivelmente em seu grau médio e não no mínimo como tenta requer o condenado. 5. **Em relação à tutela antecipada, além de não haver previsão legal para sua aplicabilidade**, não há fundamento em sua concessão, porque as nulidades arguidas não foram acatadas, e qualquer exercício de direito à liberdade regido pela execução penal, deve ser dirigido ao juízo competente. Pedido revisional parcialmente deferido. Decisão por maioria. (TJ-PA - RVCR: 201330120853 PA, Relator: RAIMUNDO HOLANDA REIS, Data de Julgamento: 18/11/2013, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 20/11/2013)

instruir o pedido, cujo rito não comporta dilação probatória, junte provas novas que, de forma cabal, demonstrem o desacerto da condenação ou a flagrante teratologia da dosimetria da pena. Seria até imprudência não sustar a execução do édito condenatório, pois, ante a verossimilhança das alegações, que é um dos requisitos para a concessão desse tipo de provimento, inexoravelmente a decisão condenatória irá ser rescindida¹².

Sabe-se que o trânsito em julgado fornece a presunção de que o provimento judicial foi prolatado corretamente, depois de ser reapreciado em grau de recurso. Entretanto, não representa óbice intransponível para que a sua execução seja sustada em provimento antecipatório concedido em revisão criminal pelos seguintes motivos: a) só existe para a acusação; b) impede que o acusado seja julgado pelo mesmo fato mais de uma vez; c) é uma garantia do réu. Sendo assim, havendo colisão entre os

princípios da ampla defesa, representado pela revisão criminal, e do *ne bis in idem*, representado pelo respeito à coisa julgada, há de prevalecer o primeiro, pois melhor representa os interesses do acusado e se coaduna com o princípio maior da dignidade humana, previsto no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal¹³.

Além disso, a interpretação jurisprudencial vai de encontro ao compromisso internacional firmado pelo Brasil, de garantir a efetividade da revisão criminal.

Ademais, no rito do *habeas corpus*, que também tem natureza de ação autônoma de impugnação, não há previsão de concessão de liminar ou de qualquer medida de antecipação de tutela, mas sempre se admitiu a aplicação subsidiária da Lei do Mandado de Segurança (hoje disciplinada pela Lei nº 12.015/2009, art. 7º, inc. III), que admite o referido instituto¹⁴, demonstrando mais um motivo da

¹² Na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, colheu-se um precedente admitindo-se, em tese, a possibilidade de concessão de liminar em Revisão Criminal: Ementa: REVISÃO CRIMINAL. LIMINAR. REEXAME DE PROVA. IMPROCEDÊNCIA. Não cabe liminar em Revisão Criminal, em face da coisa julgada, salvo a constatação de grosseiro erro judiciário ou de nulidade flagrante. Improcede a Revisão Criminal quando o fundamento legal invocado importa em reexame de prova, sem nada de novo que a altere. (Revisão Criminal Nº 70008934911, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 10/09/2004)

¹³ Nesse sentido, leciona Robert Alexy (2011, p. 93-94): “As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e de acordo com o outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos

concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto que as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”

¹⁴ Há certas situações excepcionais que recomendam a imediata antecipação da restituição da liberdade de locomoção do paciente, ou, na hipótese de *habeas corpus* preventivo, da adoção de providências urgentes para que a coação ilegal não cause prejuízos irreversíveis ao direito de ir, vir e ficar. Por esses motivos, apesar de não ter previsão legal, doutrina e jurisprudência admitem a concessão de medida liminar em *habeas corpus*, desde que presentes os requisitos das medidas liminares em geral: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Para tanto, costuma-se aplicar, subsidiariamente, o dispositivo previsto no procedimento atinente ao mandado de segurança. De fato, segundo o art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009, ao despachar a inicial, o juiz ordenará ‘que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultativo exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica (LIMA, 2015, p.1776).

inadequação do atual posicionamento jurisprudencial sobre a matéria.

Por fim, o próprio Código de Processo Penal, no seu art. 3º, admite que a lei processual penal admite aplicação analógica e a suplementação pelos princípios gerais do direito¹⁵, entendimento que deve prevalecer ainda que o projeto (PL nº 8.045/2010 e PLS nº 156/2009) do novo Código de Processo Penal seja aprovado, que não traz nenhuma disposição sobre o tema.

5 CONCLUSÃO

Diante do que foi estudado, conclui-se que o atual posicionamento da jurisprudência em negar a aplicação da antecipação dos efeitos da tutela antecipada em revisão criminal, mostra-se equivocado, tendo em vista que não permite o pleno exercício do direito fundamental à revisão criminal previsto não só pela Carta Magna de 1988 mas também em Tratado Internacional que o Brasil se obrigou a cumprir, bem como o art. 3º do Código de Processo Penal admite a aplicação do instituto por

meio da analogia e pela suplementação dos princípios gerais do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 1230 p.

GAMA, Lorena Matos. Revisão criminal *pro societate*: contexto histórico e possibilidade de cabimento. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 102, jul. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11735>. Acesso em: jul. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. 1826 p.

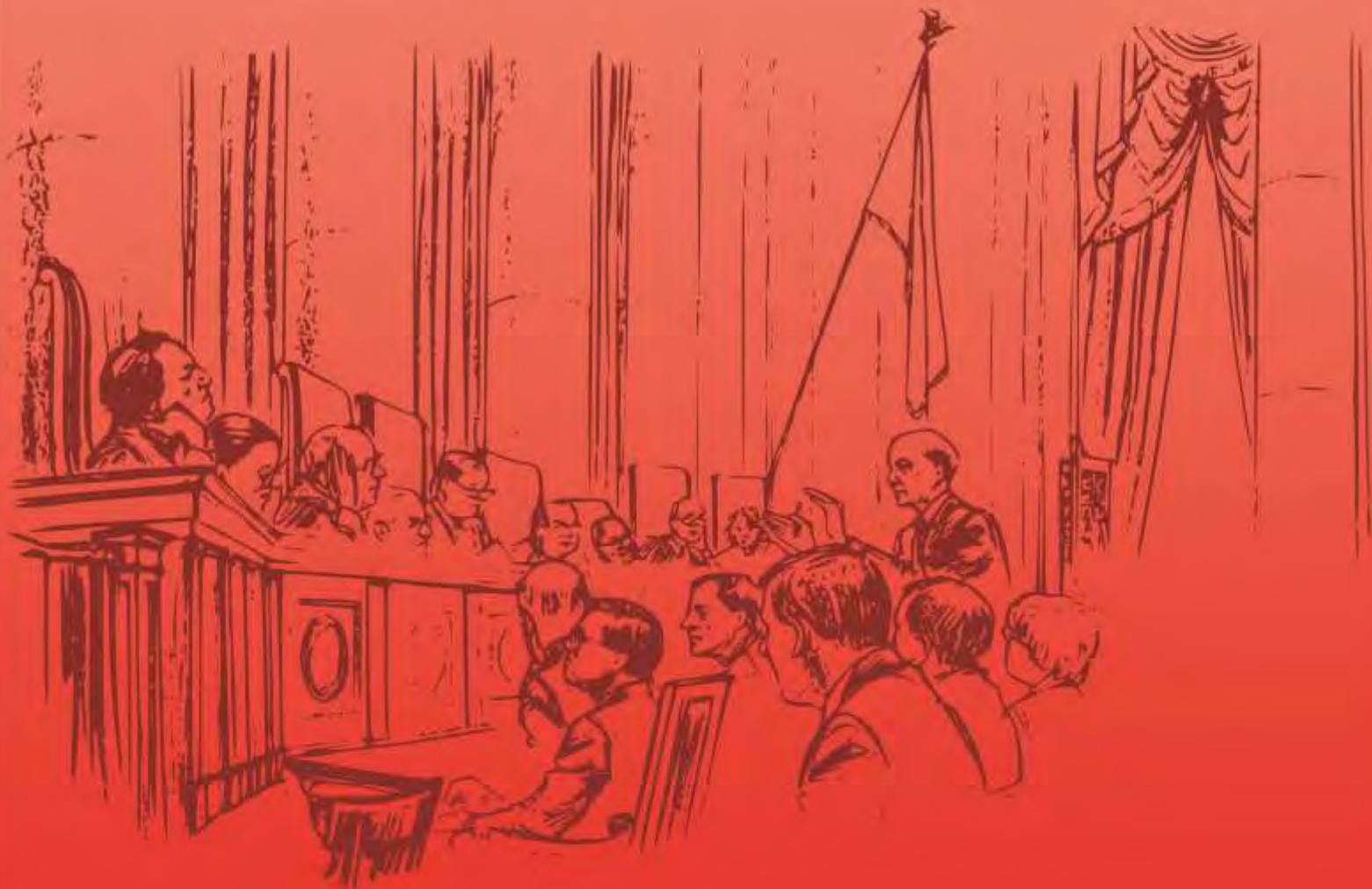
NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 1085 p.

¹⁵Compartilha essa idéia o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 1803): “Não obstante a ausência de previsão legal de efeito suspensivo, a doutrina sugere que, em situações excepcionalíssimas, e desde que caracterizada manifesta ilegalidade (leia-se, erro judiciário teratológico), é possível a utilização do poder geral de cautela do magistrado (CPC, art. 798 – art. 297 do novo CPC), assim como a

antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273 – art. 300 do novo CPC), aplicáveis subsidiariamente ao processo penal com fundamento no art. 3º do CPP. Na mesma linha, consoante disposto no art. 969 do novo CPC, a propositura da ação rescisória (leia-se, revisão criminal) não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória.



Ponto de Vista



A EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A PREVISÃO DA *PLEA BARGAINING* (BARGANHA PROCESSUAL) CONSTANTE DO PROJETO DO NCPP



DESEMBARGADOR
RÔMULO JOSÉ
FERREIRA NUNES -
Mestre em Direito.
Professor emérito da
Unama e da Fibra.

O legislador pátrio, sob o pálio da celeridade e efetividade, pretende embutir no processo penal brasileiro a barganha penal, de inspiração norte-americana, onde atende pelo sugestivo nome de *Plea Bargaining* ou *Plea Bargain*, através da qual o Ministério Público negocia diretamente com o advogado do acusado ou com defensor público, portanto, sem a participação do juiz; a possibilidade de antecipar o cumprimento da pena, abreviando, dessa forma, o fim do processo com a devida prestação jurisdicional. Dentre os requisitos para a barganha, prevê o projeto, já aprovado no Senado, que haja confissão, total ou parcial dos fatos imputados, que o cumprimento da pena privativa de

liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, sem prejuízo de eventual incidência de agravantes ou causas de aumento da pena. Na homologação do acordo, que será considerada sentença condenatória, porém, através de requerimento das partes, a sanção aplicada poderá ser diminuída em até 1/3 do mínimo previsto, desde que as condições pessoais do acusado e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

Para os defensores da barganha, a vantagem reside no rápido provimento estatal com uma resposta efetiva, mesmo que se trate de uma sanção ínfima, mas, principalmente, pela certeza da punição, evitando-se um processo que pode se arrastar lentamente, sujeito a uma instrução interminável e recursos incontáveis, sem falar no fenômeno da prescrição.

Sempre entendi que é bem-vinda toda e qualquer tentativa de melhorar a prestação jurisdicional. Entretanto, a despeito da barganha

estadunidense que nos serviu de modelo ser mais ampla, porque não restringe a negociação entre as partes, como ocorre na versão tupiniquim, que limita a fixação do *quantum* da pena privativa de liberdade. Ainda assim, precisa ser debatida pela comunidade jurídica, porque, apesar de desafogar as pautas de audiências, diminuindo uma quantidade gigantesca de processos dos armários forenses; o certo é que, ou os presídios ficarão abarrotados, ou poucos serão os que cumprirão efetivamente a sanção imposta, em decorrência do regime de cumprimento de pena previsto por nossa legislação, contribuindo ainda mais para a sensação de impunidade, devido ao abrupto e prematuro encerramento do processo criminal.

Apesar de alguns aspectos positivos do projeto, como a redução da duração do processo, a benesse afasta, sem dúvida, três pilares de sustentação do processo penal moderno, erigidos como princípios constitucionais, que são: a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência. Por outro lado, o tripé da relação processual, constituído pelo juiz, buscando desencalhar o volume de processos e aumentar sua produtividade; o promotor de justiça, cada vez mais imbuído do propósito de obter um número maior de condenações; e o defensor público,

igualmente abarrotado de processos, se esforçando para um deslinde mais célere; ressaí que somente o réu economicamente abastado terá condições de enfrentar com igualdade de armas um tribunal.

Com a barganha, torna-se mais fácil decidir a situação processual do agente. Basta dizer: é culpado mesmo, melhor então que cumpra a pena, isso se a cumprir efetivamente, possibilitando que o processo penal se transforme num jogo de interesses, em que o objetivo é acabar a qualquer custo o conflito em disputa, mesmo que resulte em eliminar o devido processo legal, mediante um acordo sobre o qual o juiz não tem acesso e nem tem conhecimento de como foi obtido.

Poder-se-ia elencar outras causas desfavoráveis à barganha penal, o que nos levaria a refletir melhor sobre a sua real necessidade. Por ora, prefiro contentar-me com o que temos de bom em nosso ordenamento jurídico, como as penas restritivas de direitos e as medidas despenalizadoras contidas na Lei n.º 9.099/95. Isso sem falar na chamada audiência de custódia, que tem evitado o encarceramento antecipado, guardadas, claro, as devidas proporções entre os institutos, do que eliminar o devido processo legal pela ideia de uma celeridade deturpada.



DRA. ANDRÉA MIRA-
LHA – Juíza de 3ª Entrância
–Vara de Execução das Penas
e Medidas Alternativas da
Capital

Como proposta de solução à crise do sistema penal, em um ambiente de crescente massificação da criminalidade, especialmente a pequena, e de consequente sobrecarga das instâncias estatais de repressão penal, surge a inevitável discussão sobre o estabelecimento de um modelo consensual de justiça criminal. A Lei 9.099/95 introduziu, no ordenamento jurídico nacional, mecanismos de negociação no processo penal, de modo que já se pode afirmar, sem receio de errar, que a justiça criminal consensual é mais que mera expectativa, é uma realidade, visto que a transação penal e a suspensão condicional do processo do ordenamento jurídico brasileiro caracterizam, claramente, instrumentos de negociação.

Avançando em relação às inovações já trazidas pela Lei nº 9.099/95, o Anteprojeto do Código de Processo Penal em trâmite pretende introduzir uma nova forma de diversificação de ritos processuais, com a sumarização do procedimento (antecipação do juízo condenatório) e negociação entre as partes. Mas há de ser observado que se trata de medida

restrita aos crimes cuja sanção máxima não ultrapasse o limite de 08 (oito) anos de pena privativa de liberdade, no âmbito do processo comum sumário. Sem dúvida alguma, estamos diante de nova alternativa, diferente do procedimento ordinário, destinada à média criminalidade, nitidamente com o intuito de obter maior celeridade processual e atender, de forma eficaz e funcional, à forte e crescente demanda pelos serviços judiciários.

Pois bem, nele, tanto o Ministério Público quanto o acusado, através de seu defensor, poderão requerer até o início da audiência de instrução a aplicação imediata de pena, inclusive privativa de liberdade. Para tanto, contudo, deve haver confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na denúncia. Além disso, havendo acordo, ficará a pena fixada no mínimo de cominação legal, podendo ainda ser reduzida em até 1/3 (um terço) se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem. Portanto, há clara intenção de ser introduzido no ordenamento processual penal um novo rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, desde que confessados os fatos da peça acusatória e ajustada a sanção entre acusação e defesa.

Pois bem, o ineditismo da nova alternativa reside na imposição de pena privativa de liberdade sem o tradicional devido processo

legal condenatório. Assim, pelo novo rito, haverá juízo condenatório, mas nos limites mínimos que poderiam ser atingidos no modelo de rito tradicional, exigindo-se para tanto, além da confissão de culpa, a dispensa pelas partes da produção de provas. No modelo proposto, seguindo a tradição iniciada pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, não haverá margem de manobra tão grande por parte do Ministério Público, pois este deverá formular a acusação de acordo com os elementos de prova que dispuser, o que significa que não poderá imputar fato mais grave a fim de facilitar a barganha processual.

Evidentemente que a pretendida modificação legislativa já vem sendo alvo de inúmeras críticas, mas não podemos deixar de enaltecer o anteprojeto de CPP devido ao equilíbrio que apresenta entre os modelos garantista e efficientista, através da introdução de mecanismos de diversificação no processo penal, fundados em consenso entre as partes ou na mitigação do dogma da legalidade processual (princípio da obrigatoriedade), sem que se possa falar, contudo, na violação dos direitos e garantias essenciais do acusado. Portanto, sem abandonar a perspectiva garantista do processo penal, colabora com a busca por maior celeridade dos procedimentos e eficácia de todo o sistema penal. Percebe-se, assim, que o processo sumário não se confunde com a *plea*

bargaining, uma vez que não há exercício de discricionariedade pura pela acusação, mas sim de oportunidade regrada, haja vista estar sujeita às limitações previstas no texto legal, sendo apenas a exigência do reconhecimento da culpa o maior ponto de aproximação entre os modelos.



DR. JOÃO RONALDO
CORREA MÁRTIRES –
Juiz da 2ª Vara Criminal da
Comarca de Santarém

Demorou. O aumento do espectro de abrangência do *plea bargaining* no sistema processual penal brasileiro, nos moldes previstos pelo Projeto do novo CPP, está, a meu ver, consideravelmente atrasado, na medida em que os resultados alcançados – especialmente em termos de economia processual e baixo índice de reincidência – com a introdução desse instituto em nossa legislação por meio da Lei nº 9.099/95, que o limita às infrações penais de menor potencial ofensivo

Já recomendavam há muito que o mesmo tivesse sua área de incidência estendida a outros tipos de infrações penais. Logicamente que com os ajustes legais necessários ao maior grau de potencialidade lesiva da conduta, a determinar condições diferenciadas para a concretização da barganha, o que parece ser a

pretensão da normatização constante do art. 283, do Projeto do NCPP.

Ocorre, porém, que uma das condições legais que está a limitar o acordo entre as partes concerne ao aspecto quantitativo da pena, impondo-se que a reprimenda requerida no pacto seja sempre a mínima cominada ao crime, objeto da acusação (inclusive considerando circunstâncias agravantes e causas de aumento de pena), o que descaracteriza, a meu sentir, o principal aspecto do instituto, devendo, portanto, o projeto ser modificado nesse ponto para abranger negociação ampla também nesse sentido.

Vale ressaltar, ainda, que o instituto do *plea bargaining*, inobstante possuir grande aceitação nos países alienígenas que o adotam em larga escala e há bastante tempo, não é imune a críticas, dentre elas a de tender a fazer com que o acusado renuncie às garantias constitucionais, por figurar em posição desvantajosa na avença diante dos poderes de acusação e sentenciamento do Estado, razão pela qual faz-se imperiosa a presença de defensor em todo o procedimento da barganha, especialmente nos casos em que a defesa é exercida pela Defensoria Pública, cuja clientela na área penal é representada pela grande massa de excluídos do

atual modelo consumista da sociedade pós moderna que não pode ter no *plea bargainig* mais um instrumento de controle social em seu desfavor.

Faz-se mister, ainda, para a eficácia do instituto, que a reprimenda imposta na barganha seja fiscalizada com rigor pelo Poder Judiciário – principalmente nos casos em que couber a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos –, a fim de que o instituto não produza efeito deletério na sociedade, no sentido de que se traduz em veículo de impunidade ou de benevolência da Justiça para com o réu em desconsideração à situação da vítima, outras das críticas que se faz alhures ao sistema.

Portanto, em sendo tomadas as cautelas previdentes para a ampliação do instituto do *plea bargaining* em nosso ordenamento processual penal, creio que as ponderações contrárias à utilização do instituto irão ceder em favor das incontestáveis conquistas advindas do modelo inicial adotado pela Lei nº 9.099/95, instalando-se definitivamente entre nós o direito penal do consenso em contraposição ao direito penal do conflito.



DR. WAGNER SOARES
DA COSTA - Juiz de
Direito Substituto da
Comarca de Ananindeua

Encontra-se em

tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.045/2010, advindo do Senado Federal, que institui um novo Código de Processo Penal.

Ampliando o chamado “espaço de consenso” no processo penal brasileiro, o projeto “pretende introduzir uma nova forma de diversificação de ritos processuais, com sumarização do procedimento (antecipação do juízo condenatório) e negociação entre as partes”¹.

De inspiração norte-americana, o novo procedimento – chamado pela comissão responsável pela elaboração do projeto de “rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida” – prevê a aplicação imediata de pena no mínimo previsto na cominação legal, independentemente de eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento de pena, aos agentes que aderirem expressamente ao acordo, desde que: a proposta seja apresentada até o início da instrução a ser realizada em audiência; a sanção máxima

prevista no tipo não ultrapasse 8 anos de prisão; o aderente confesse, total, ou parcialmente os fatos narrados na denúncia, dispensando a produção de provas por ele indicadas. Além disso, o projeto prevê a possibilidade de redução da pena em até 1/3 se as consequências do crime não forem graves e as condições pessoais do réu assim permitirem.

Embora o sucesso de institutos processuais importados seja de difícil projeção diante das peculiaridades do nosso ordenamento jurídico, a experiência estrangeira pode nos dar uma ideia de como o modelo impactará na eficácia da prestação jurisdicional penal.

Nos Estados Unidos, onde o modelo do *plea bargaining* é mais do que uma parte acessória do sistema de justiça criminal, sendo ele o próprio sistema de justiça criminal². Noventa e quatro por cento de todas as condenações dos estados e noventa e sete por cento de todas as condenações federais são resultado de *guilty pleas* (confissão de culpa)³.

Conforme explica Phillip Rapoza, ex-Chefe de Justiça do Tribunal de Massachusetts:

“A imagem comum do sistema de justiça criminal Americano — doze

¹ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista eletrônica do MPF. 2012.

² Suprema Corte, Missouri v. Frye, 132 S.Ct. 1399, 1407 (2012).

³ Bureau of Justice Statistics, U.S. Dep't of Justice, Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online, Table 5.22.2009, www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5222009.pdf.

peças sentadas numa bancada de júri decidindo o destino de um concidadão — está seriamente desatualizada. Na verdade, essa imagem foi substituída por uma em que um arguido e o seu advogado comparecem perante um juiz, com o Ministério Público a informar o tribunal de um acordo a que as partes chegaram. Hoje, o caso típico é geralmente resolvido através de um acordo do qual ambos os lados retiram benefícios, reflectindo aquilo que o Supremo Tribunal descreveu como uma “vantagem mútua”. Como o Professor George Fisher da Stanford Law School tão apropriadamente descreveu, o plea bargaining substitui uma “nobre disputa pela verdade” por uma resolução atingida sob uma bandeira de tréguas.”⁴

Na Itália, cujo sistema é muito parecido com aquele proposto no projeto brasileiro, o denominado “*pattteggiamento*” foi introduzido a partir do Código de 1989, inicialmente apenas

para contravenções e crimes cuja pena não ultrapassasse os dois anos, sendo posteriormente alargado para abarcar crimes mais graves com penas de até cinco anos (lei n.º 134/2003). Assim como no projeto brasileiro, o modelo Italiano também prevê a possibilidade de redução da pena em até 1/3, e atualmente é bastante utilizado na solução dos processos envolvendo crimes de pequena e média gravidade.

Na Espanha, o sistema de abreviação da demanda processual baseia-se na mediação paralela com a própria vítima do delito. Dentre os efeitos, se a mediação trouxer consigo o reconhecimento dos fatos por parte do acusado em crimes cuja pena não ultrapasse três anos de prisão, é permitida a conversão do processo sumário em procedimento urgente de julgamento imediato, com a possibilidade de a pena, nesse acordo premiado, também ser reduzida em 1/3.

Muitos outros países também fazem uso de modelos consensuais e a experiência internacional tem trazido resultados satisfatórios na adoção de medidas similares.

É bem verdade que os países adotantes, e agora também o Brasil, não o fazem nos exatos moldes do processo judicial americano, mas

⁴ In “A experiência americana do Plea Bargaining: A exceção transformada em regra.” Tradução de Nuno de Lemos Jorge, partir do texto da comunicação apresentada pelo autor no dia 13 de Julho de 2012, na Biblioteca Pública de Ponta Delgada, no

âmbito das II Jornadas Açorianas de Direito Penal, sob o tema dos «Acordos Sobre a Sentença Penal

talvez seja justamente por isso que o modelo tenha grande chance de sucesso.

As críticas decorrentes dos supostos abusos perpetrados pelo Ministério Público Americano, no caso do Brasil, serão praticamente zeradas ante as balizas estabelecidas de maneira apropriada pelo legislador, já que a pena a ser imposta não poderá ser “negociada” amplamente pelas partes envolvidas, devendo necessariamente ficar no mínimo previsto na cominação legal, ou reduzida em até 1/3 deste.

O modelo, se espera, deverá propiciar a redução do tempo de tramitação do processo, facilitando, não só o alcance das metas estabelecidas dentro de um período de tempo razoável, mas também resultados obtidos com dispêndio de menos recursos e energia.

Mas não é só. Além da diminuição das cargas de trabalho dos órgãos jurisdicionais, o modelo a ser adotado pode significar o resgate da confiança do jurisdicionado na efetivação da justiça e, por consequência, da credibilidade dos atores responsáveis por sua concretização.

Se isso, por si só, não fosse suficiente para se criar boas expectativas sobre o novo procedimento, restariam razões de ordem pragmática para a sua adoção. Realmente, se levarmos em consideração que a maioria dos processos criminais são iniciados a partir de inquéritos deflagrados em decorrência de

prisões em flagrante, e que mesmo aqueles advindos de inquéritos instaurados a partir de portaria, muitas vezes, também terminam por se utilizar, sob o crivo do contraditório, dos mesmos meios de prova do procedimento administrativo; o réu, com o novo sistema, terá a possibilidade de, juntamente com seu defensor, antever a instrução futura e, a partir de um raciocínio utilitarista simples, aceitar a antecipação da pena nos moldes previstos na legislação.

E se considerarmos, ainda, que boa parte dos processos envolvendo crimes de pequena e média gravidade tem na confissão um elemento de prova relativamente frequente, o réu, a partir daquele dito raciocínio, poderá conseguir dela (confissão) uma valoração sensivelmente maior – se a pronunciar desde o começo – do que aquela que faria jus somente ao final, após todo o trâmite processual, já que no modelo proposto a confissão *ab initio* permitirá a imposição de pena no mínimo legal e, muitas vezes, uma diminuição de 1/3 sobre essa mesma pena, enquanto que no modelo tradicional, como todos sabemos, essa mesma confissão permite apenas a atenuação da sanção imposta, nunca aquém da pena mínima prevista.

São todas questões de ordem prática que, aliadas à redução do custo/tempo processual, contribuem, não só para o alcance dos objetivos criminológicos, como também de

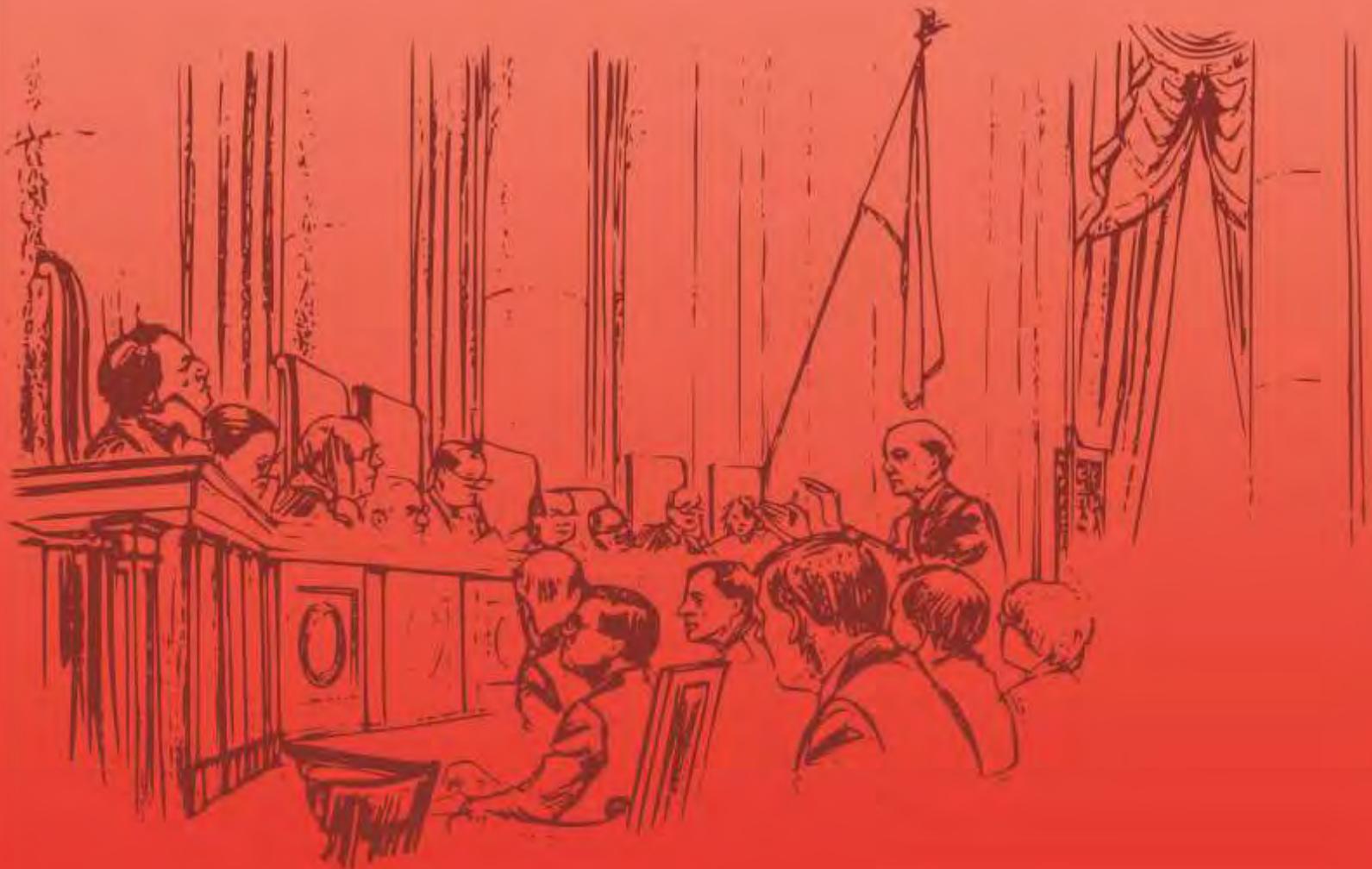
política criminal, incentivados nas últimas décadas.

Bem se nota, portanto, que o procedimento para a "resolução antecipada do procedimento penal" busca justificativa na necessidade profundamente sentida de alcançar a justiça de forma mais rápida e eficiente por meio de uma fórmula de consenso, evitando-se, com isso, uma instrução demorada, desnecessária, custosa e, muitas vezes, prejudicial ao próprio réu.

Em suma, se bem coordenado e aliado a outras políticas criminais de longo prazo, esse tipo de mecanismo de simplificação do processo penal poderá contribuir para uma prestação jurisdicional mais eficiente, atingindo resultados mais proveitosos e menos dispendiosos não só para a sociedade, como para os atores envolvidos, resgatando, ainda, a credibilidade das instituições responsáveis pela persecução penal.



Literatura



O FURTO DA POESIA – PRIMEIRA PARTE

Vicente Alencar Ribeiro*

Certo poeta um dia,
Procurou o delegado,
E com olhar mui sinistro,
Disse ter sido lesado.

E aquela autoridade,
Muito frio perguntou:
– O que fora que o ladrão
Do vate surrupiou?

O poeta respondeu,
Do fundo do coração:
– O marginal desalmado
Levou minha inspiração.

O delegado sorriu,
E de novo interrogou:
– Como é que algo abstrato,
O tal larápio levou?

Ao que respondeu o vate,
Submerso em sentimento:
– Caro doutor, não percebe
Minha dor, meu sofrimento?

– Ledo engano delegado.
Permita-me autoridade,
Muitas vezes o reencontro
Rouba de nós a saudade.

– A felicidade é tudo,
É néctar que extasia,
Quando um amor se vai,
Rouba de nós a alegria.

– Autoridade, assevero,
De forma calma e diletta,
Dê vazão a sua alma,
Pois ela é coisa concreta.

– Ele levou minha vida,
A minha joia mais rara,
Das pérolas do meu cordão,
A minha pedra mais cara.

– Tomou a terna poesia,
Que escrevi pra minha amada,
Versos que jamais mostrei.
Pois que vivia guardada.

– Vou derrubar, me permita,
Sua conclusão tão crua:
Ele a anda recitando,
Dizendo a todos que é sua.

– Posto isso autoridade,
Faço um pedido só,
Meu lamento tome a termo,
E autorize um BO.

O delegado de pronto,
Chamou o seu escrivão,

* Defensor Público Estadual do Estado da Paraíba.

E determinou de plano,
Plena investigação.

De soslaio perguntou,
Ao vate com despeito,
– O senhor pode dizer
O nome de algum suspeito?

O poeta mui seguro,
Respondeu com precisão:
– O conheço pela alcunha
De Zé Maria de Dão.

Assim foi feito o BO,
E o Zé Maria chamado,
Para no dia seguinte,
Ir falar com o delegado.

No dia de ser ouvido,
Zé Maria ali chegou,
E muito trêmulo de medo,
Ser verdade confessou.

Que andava de bar em bar,
Vivendo de boêmia,
Recitando e afirmando,
Que era dele a poesia.

De posse de seu BO,
Tendo sido orientado,
O vate foi à procura,
De um certo advogado.

Porém o nobre causídico,
Muito caro lhe cobrou,
E não tendo condições,
Os seus préstimos dispensou.

Ficou triste cabisbaixo,
Submerso em agonia,
Tendo sido orientado,
De ir a Defensoria.

Lá chegando teve rápido,
Sua vontade acatada,
E uma notitia criminis,
Foi logo protocolada.

No Fórum fora a peça,
Autuada e registrada,
No prazo de quinze dias,
Teve audiência marcada.

O Zé Maria de Dão,
Agora indiciado,
Para a audiência foi,
Com certa urgência intimado.

Teve início a audiência,
Estando as partes presentes,
O Promotor com retórica,
Deixou a todos cientes.

De como o fato não era,
De uma certa gravidade,
Propôs ao réu trabalhar,
Em prol da comunidade.

De outra sorte também,
Caso quisesse aceitar,
O valor de um salário,
O indiciado pagar.

Porém pra sua surpresa,
O indiciado não quis,
Nem uma coisa nem outra,
E assim falou o Juiz:

– Já que o indiciado
Não quis fazer transação,
Vamos logo dar início
Do processo a instrução.

A denúncia apresentada,
Fora de forma verbal,
Pelo Juiz foi aceita,
Em sua forma legal.

O vate havia indicado,
Porque disso ele dispunha,
Lá peça inicial,
O nome da testemunha.

O Juiz disse ao meirinho,
Para fazer o pregão,

E a testemunha indicada,
Demonstrou com precisão.

De que o fato narrado,
Realmente aconteceu,
E os argumentos do vate,
Sem sofisma esclareceu.

O indiciado não tinha,
Testemunha em seu favor,
Teve fim a instrução,
Agora com o Promotor.

De forma verbal foram ditas,
As suas alegações,
Demonstrando plenamente,
Que existiam razões.

Asseverou que ao larápio,
Como mostrava o processo,
Não assistia defesa,
Pois que era réu confesso.

Por demais suficientes,
Pro indiciado acusar,
E nas tenazes da lei,
Optou por condenar.

O Doutor Marcos Mairton,
O julgador da questão,
Admoestou que iria,
Prolatar a Decisão.

E assim com sua retórica,
Verbalmente e com requinte,
De enorme sapiência,
Deu a Decisão seguinte:

– A palavra lhe está facultada nobre julgador:

O FURTO DA POESIA – SEGUNDA PARTE

Marcos Mairton da Silva[†]

O caso que se apresenta
Não é dos mais complicados,
Como demonstram os fatos
Que já foram relatados.

É o caso de um furto
Como bem se pode ver,
E o réu é réu confesso,
Que nem quis se defender.

O que há de curioso
A nos chamar a atenção
É o objeto furtado,
Produto da inspiração.

“Levou minha poesia!” –
Narra o poeta sua dor –
“E a declama pelos bares
Como se fosse o autor”.

De fato, se declamasse,
Mas dissesse a autoria,
Estou certo que o poeta
Jamais se incomodaria.

Por isso é que considero
Oportuno esclarecer,
Não foi propriamente furto
O que veio a acontecer.

É que em nosso direito
Só é possível furtar
Nossos bens materiais,
Os que se podem pegar.

Assim, como a poesia
Tem existência abstrata,
Esse caso, o Direito
De forma diversa trata.

[†] Juiz Federal titular da 12ª Vara da Justiça Federal da 5ª Região.

O artigo um, oito, quatro,
Lá do Código Penal
Chama de violação
A direito autoral.

Dito isto, vamos logo
À materialidade,
Saber se o fato descrito
Aconteceu de verdade.

Quanto a isso, muita gente
Viu o réu a declamar
E se dizer o autor
Do que estava a recitar.

E ele aqui, em juízo,
Jamais negou o ocorrido,
Ao contrário, confessou,
Dessa forma ter agido.

Por esta mesma razão
Está provada a autoria
Desse caso conhecido
Como o "furto da poesia".

Também presente é o dolo,
Ou seja, a intenção
De praticar o delito
E dar-lhe consumação.

Pois declamou um poema
Dizendo que era seu
Mas, sabia, aqueles versos
Ele jamais escreveu.

E, para que todos saibam
Que é difícil condenar
Até mesmo um réu confesso,
Passo ainda a registrar:

Tem o réu pleno domínio
Das faculdades mentais
Logo, está submetido
Às nossas sanções penais.

Não agiu em sua defesa
E nem por necessidade

Nada havendo que afaste
Sua culpabilidade.

Sendo assim, dou procedência
Ao que diz a acusação
E, neste termos condeno
José Maria de Dão.

O crime é violação
De direito autoral
Como está previsto em
Nosso Código Penal.

De três meses a um ano
É a pena de prisão
E é dentro desse intervalo
Que faço a definição.

O réu, no caso, não tem
Má conduta social,
Não agiu com violência
Nem fez vítima fatal.

Não me parece um bandido
Perigoso ou violento,
Só queria ser poeta
Mas nasceu sem o talento.

Com a formação moral
Não lhe servindo de freio
Apresentou como seu
O poema que era alheio.

Além disso, é réu confesso,
O que a culpa não exclui,
Mas como prevê a lei,
Sua pena diminui.

Tudo assim considerado
Isto posto, posto isto,
Resta fixar a pena
no mínimo que é previsto.

Três meses de detenção
A pena estabelecida,
A qual se vê que é o caso
De ser substituída.

Sendo de até quatro anos
A prisão determinada,
Não havendo violência
Na conduta condenada;

Não sendo reincidente
Aquele que é condenado,
De acordo com a Lei Penal
É o mais recomendado.

Por isso substituo
A pena estabelecida
Por uma que em liberdade
Possa ser logo cumprida.

E sequer afasto o réu
Do que ele tanto aprecia,
Pois a pena que lhe aplico
É recitar poesia.

Durante esses três meses
Que teria de prisão
Todo dia ele terá
A seguinte ocupação:

Escolher um texto em versos
Por um poeta escrito
E ir à delegacia
Aqui mesmo do distrito.

Lá chegando, deverá
Declamar, com emoção,
A poesia escolhida
Para aquela ocasião.

E, depois de declamar,
Dizer em alto e bom tom
"O poema não é meu,
Pois nasci sem esse dom!"

"O gênio que escreveu
Essa preciosidade,
É Fulano dos Anzóis,
Um poeta de verdade!"

Publique-se esta sentença,
Intime-se o defensor
Informe-se o delegado,
Depois, vista ao promotor.

PENSAMENTOS DE CESARE BECCARIA

1 - Para que uma pena produza o seu efeito, basta que o mal que ela mesmo inflige exceda o bem que nasce do delito.

2 - Um dos maiores travões aos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade (...). A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade.

3 - Não é a intensidade da pena que produz o maior efeito sobre o espírito humano, mas a extensão dela.

4 - Quereis prevenir delitos? Fazei com que as leis sejam claras e simples.

5 - Nunca um juramento fez algum réu dizer a verdade.

6 - (A tortura) é o meio mais seguro de absolver os criminosos robustos e condenar os fracos inocentes.

7 - Quanto mais a pena for rápida e próxima do delito, tanto mais justa e útil ela será.

8 - Nada é mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei. Esta é uma barreira rompida pela torrente das opiniões.

9 - A finalidade das penas não é atormentar e afligir um ser sensível (...) O seu fim (...) é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo.

10 - Cada cidadão deve ter a convicção de poder fazer tudo o que não contraria as leis, sem temer outro inconveniente além daquele que pode resultar da ação da mesma.

11 - Parece-me absurdo que as leis, que são a expressão da vontade pública, que abominam e punem o homicídio, o cometam elas mesmas e que, para dissuadir o cidadão do assassinio, ordenem um assassinio público.

12 - Cada delito, embora privado, ofende a sociedade, mas nem todo delito procura sua destruição imediata.

13 - Os homens, então, habituam-se a mascarar os próprios sentimentos e, com a prática de escondê-

los dos outros, acabam enfim por escondê-los de si mesmos.

14 - A história dos homens é um imenso oceano de erros, no qual se vê sobrenadar uma ou outra verdade mal conhecida.

15 - O prazer e a dor são os dois grandes motores dos seres sensíveis

16 - Só a arte das interpretações odiosas, que é ordinariamente a ciência dos escravos, pode confundir coisas que a verdade eterna separou por limites imutáveis.

17 - É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los. O meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação

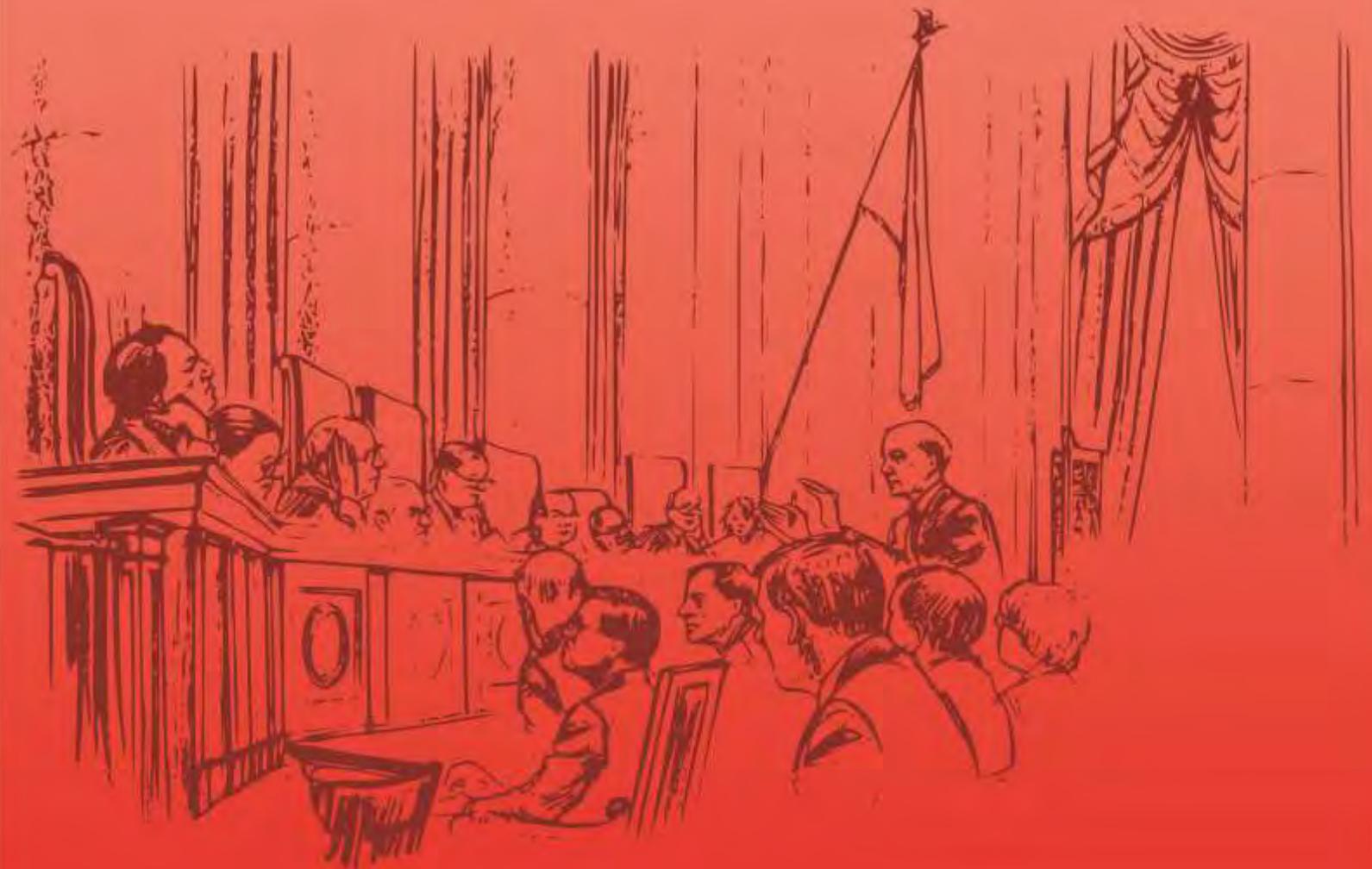
18 - Freios aos delitos. Um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, em consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável, a qual, para ser uma virtude útil, deve vir acompanhada de uma legislação suave. A certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade; pois os males, mesmo os menores, se são inevitáveis, sempre espantam o

espírito humano, enquanto a esperança, dom celestial que frequentemente tudo supre em nós, afasta a ideia de males piores, principalmente quando a impunidade, concedida amiúde pela venalidade e pela fraqueza, fortalece a esperança. A própria atrocidade da pena faz com que tentemos evitá-la com uma ousadia tanto maior quanto maior é o mal em que incorremos e leva a cometer outros delitos mais para escapar a pena de um só. Os países e os tempos em que se infligiam os suplícios mais atrozes sempre foram aqueles das ações mais sanguinárias e desumanas, pois o mesmo espírito de ferocidade que guiava a mão do legislador conduzia a do parricida e do sicário. Do trono, esse espírito ditava leis férreas a ânimos torturados de escravos, que obedeciam; na escuridão do privado, estimulava a imolação dos tiranos para criar outros novos.

Cesare Beccaria, in *Dos delitos e das penas*.



Sugestões de Leitura



Sugestões de Leitura

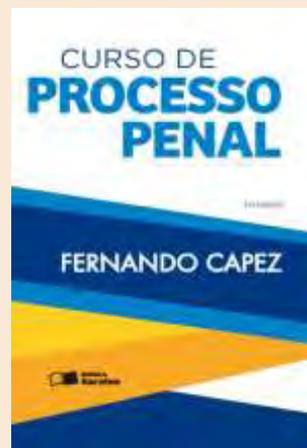
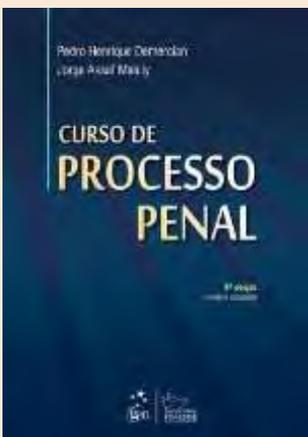
INDICAÇÕES DE LEITURA SOBRE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL:

1 - DIREITO PROCESSUAL PENAL

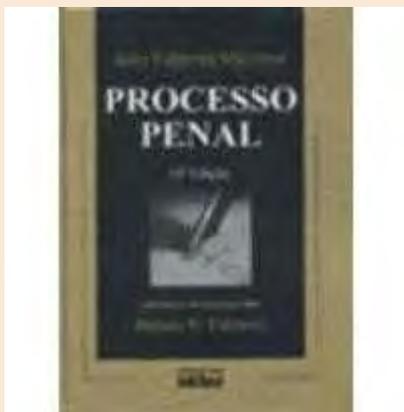
1. 1 - NÍVEL INICIAL

Curso de Processo Penal (Cód: 6959043)
DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge
Assa. Editora Forense (Edição Digital).

Curso de Processo Penal - 23ª Ed. 2016. (Cód:
9271102) CAPEZ, Fernando.



Processo Penal 18ª Edição – MIRABETE, Julio Fabbrini. (8522443262) Editora Atlas.

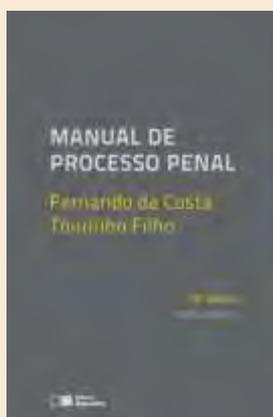


Direito Processual Penal - 24ª Ed. 2016. (Cód: 9320139) RANGEL, Paulo C. Editora Atlas.



1. 2 - NÍVEL INTERMEDIÁRIO

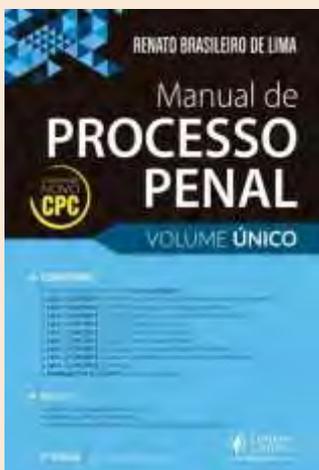
Manual de Processo Penal - 16ª Ed. 2013. (Cód: 4888667) TOURINHO FILHO, Fernando Costa. Editora Saraiva.



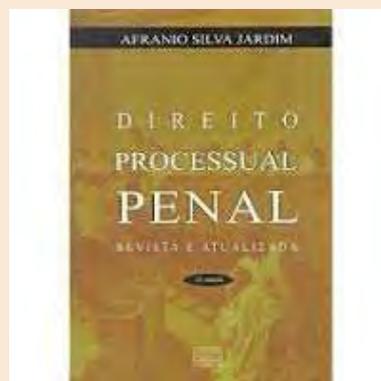
Manual de Processo Penal e Execução Penal. 13ª ed. 2016. NUCCI, Guilherme de Souza.



Manual de Processo Penal. Volume único. Ed. Podium. 2016. LIMA, Renato Brasileiro de.

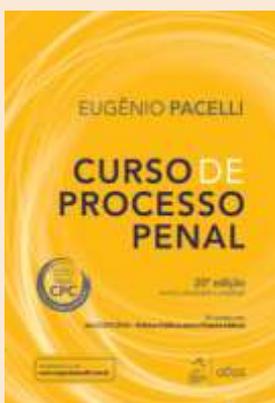


Direito Processual Penal. JARDIM, Afranio Silva. Editora Forense



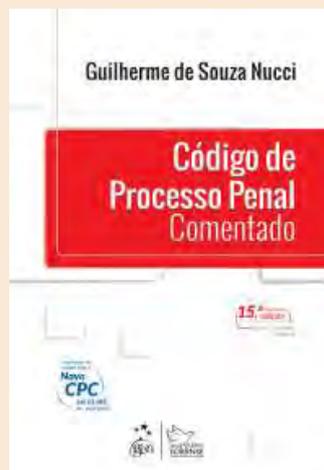
1.3 - NÍVEL AVANÇADO

Curso de Processo Penal - 20ª Ed. 2016. OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de.



1.4 - CÓDIGO COMENTADO

Código de Processo Penal Comentado. NUCCI, Guilherme de Souza.



Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência - 8ª Ed. 2016. OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de / FISCHER, Douglas. Atlas



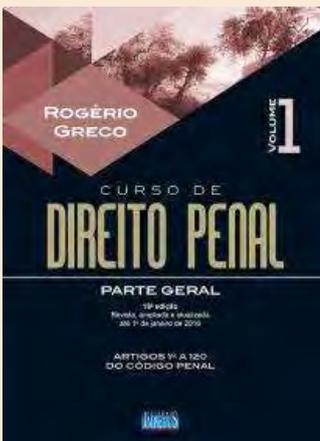
Manual De Direito Penal - Parte Geral - Arts. 1º Ao 120 - Vol. Único - 4ª Ed. 2016. CUNHA, Rogério Sanches.



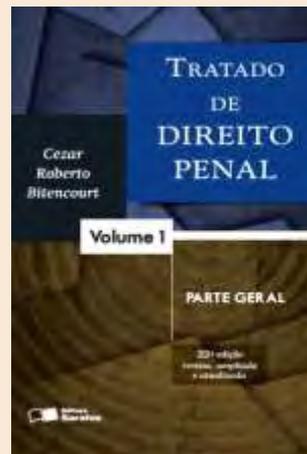
2 - DIREITO PENAL

2.1 - PARTE GERAL

Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. I – 2016.
GRECO, Rogério. - Edição 18ª/2016



Tratado de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1 - 22ª Ed. 2016. Saraiva. BITENCOURT, Cezar Roberto.

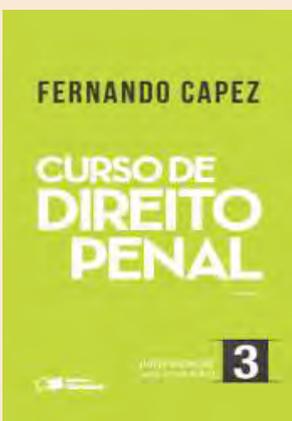


2.2 - PARTE ESPECIAL

Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. III –
2016. - Edição 13ª/2016. GRECO, Rogério



Curso de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 3 -
2016. CAPEZ, Fernando. 14ª Edição. 2016.



2.3 – CÓDIGO COMENTADO

Código Penal Comentado - Edição:10. 2016.
GRECO, Rogério

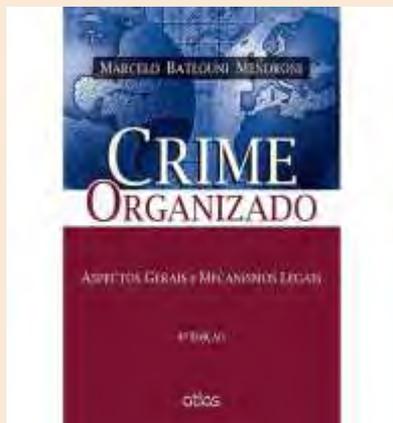


Código Penal Comentado. 6ª Edição. 2015. Saraiva.
CAPEZ, Fernando.



3 - LEGISLAÇÃO ESPECIAL

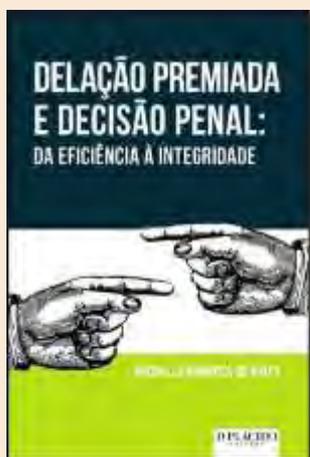
Crime Organizado: Aspectos Gerais E Mecanismos Legais. MENDRONI, Marcelo Batlouni.



Delação Premiada - Legitimidade e Procedimento - 3ª Ed. 2016. PEREIRA, Frederico Valdez. Juruá.

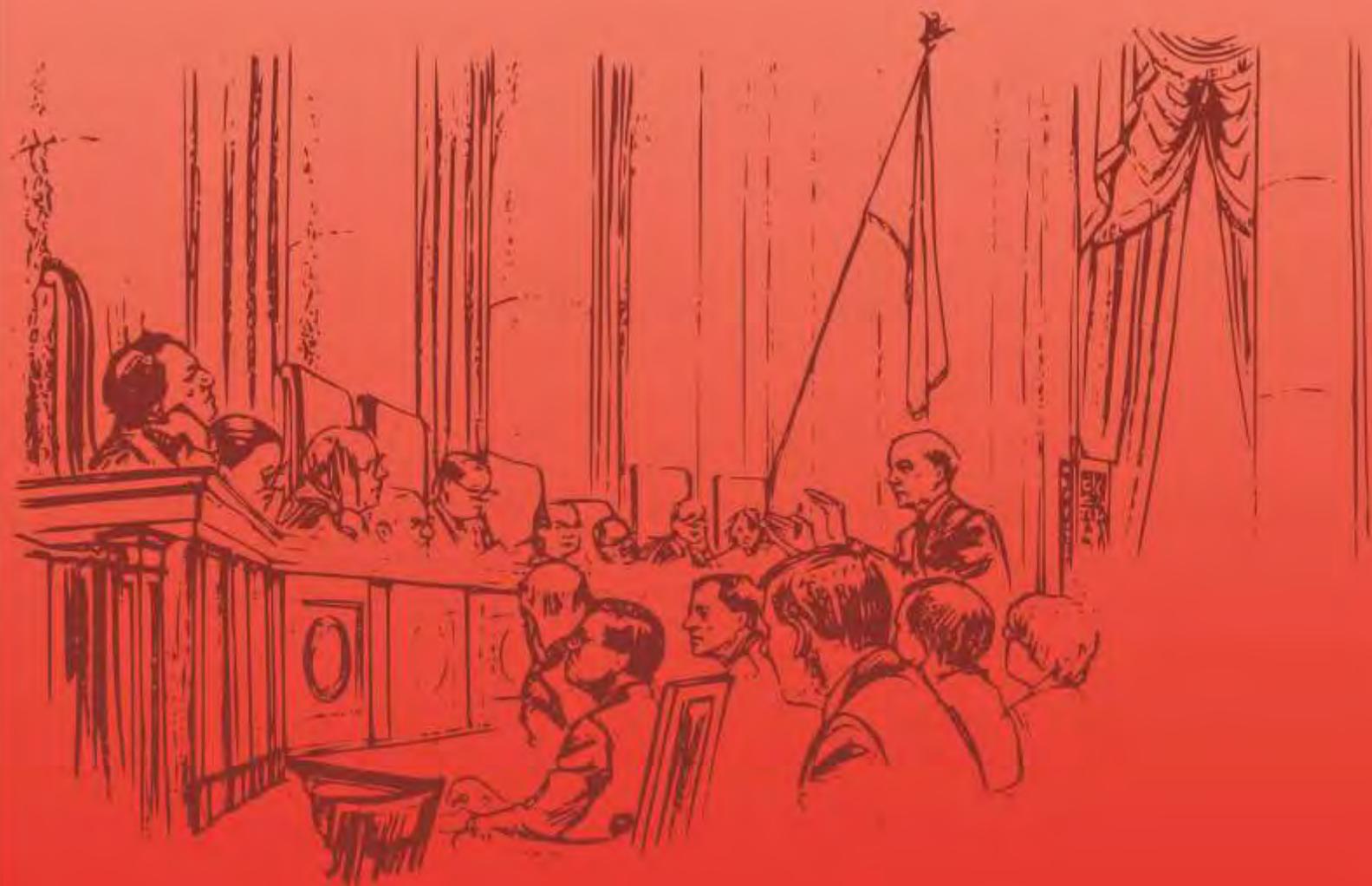


Delação Premiada e Decisão Penal: Da Eficiência à Integridade. DPlicato. 2016. BRITO, Michelle.





Legislação



LEI Nº 13.260, DE 16 DE MARÇO DE 2016.

Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013.

A **PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

Art. 3º Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista:

Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa.

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

Art. 4º (VETADO).

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito:

Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, quando a conduta não envolver treinamento ou viagem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade, a pena será a correspondente ao delito consumado, diminuída de metade a dois terços.

Art. 6º Receber, prover, oferecer, obter, guardar, manter em depósito, solicitar, investir, de qualquer modo, direta ou indiretamente, recursos, ativos, bens, direitos, valores ou serviços de qualquer natureza, para o planejamento, a preparação ou a execução dos crimes previstos nesta Lei:

Pena - reclusão, de quinze a trinta anos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem oferecer ou receber, obtiver, guardar, mantiver em depósito, solicitar, investir ou de qualquer modo contribuir para a obtenção de ativo, bem ou recurso financeiro, com a finalidade de financiar, total ou parcialmente, pessoa, grupo de pessoas, associação, entidade, organização criminosa que tenha como atividade principal ou secundária, mesmo em caráter eventual, a prática dos crimes previstos nesta Lei.

Art. 7º Salvo quando for elementar da prática de qualquer crime previsto nesta Lei, se de algum deles resultar lesão corporal grave, aumenta-se a pena de um terço, se resultar morte, aumenta-se a pena da metade.

Art. 8º (VETADO).

Art. 9º (VETADO).

Art. 10. Mesmo antes de iniciada a execução do crime de terrorismo, na hipótese do art. 5º desta Lei, aplicam-se as disposições do art. 15 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 11. Para todos os efeitos legais, considera-se que os crimes previstos nesta Lei são praticados contra o interesse da União, cabendo à Polícia Federal a investigação criminal, em sede de

inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 12. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de crime previsto nesta Lei, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei.

§ 1º Proceder-se-á à alienação antecipada para preservação do valor dos bens sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

§ 2º O juiz determinará a liberação, total ou parcial, dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem e destinação, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.

§ 3º Nenhum pedido de liberação será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado ou de interposta pessoa a que se refere o caput deste artigo, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, sem prejuízo do disposto no § 1º.

§ 4º Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.

Art. 13. Quando as circunstâncias o aconselharem, o juiz, ouvido o Ministério Público, nomeará pessoa física ou jurídica qualificada para a administração dos bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias, mediante termo de compromisso.

Art. 14. A pessoa responsável pela administração dos bens:

I - fará jus a uma remuneração, fixada pelo juiz, que será satisfeita preferencialmente com o produto dos bens objeto da administração;

II - prestará, por determinação judicial, informações periódicas da situação dos bens sob sua administração, bem como explicações e detalhamentos sobre investimentos e reinvestimentos realizados.

Parágrafo único. Os atos relativos à administração dos bens serão levados ao conhecimento do Ministério Público, que requererá o que entender cabível.

Art. 15. O juiz determinará, na hipótese de existência de tratado ou convenção internacional e por solicitação de autoridade estrangeira competente, medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes descritos nesta Lei praticados no estrangeiro.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo, independentemente de tratado ou convenção

internacional, quando houver reciprocidade do governo do país da autoridade solicitante.

§ 2º Na falta de tratado ou convenção, os bens, direitos ou valores sujeitos a medidas assecuratórias por solicitação de autoridade estrangeira competente ou os recursos provenientes da sua alienação serão repartidos entre o Estado requerente e o Brasil, na proporção de metade, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.

Art. 16. Aplicam-se as disposições da Lei nº 12.850, de 2 agosto de 2013, para a investigação, processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei.

Art. 17. Aplicam-se as disposições da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, aos crimes previstos nesta Lei.

Art. 18. O inciso III do art. 1º da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, passa a vigorar acrescido da seguinte alínea p:

“Art. 1º.....
.....
III -
.....

LEI Nº 13.271, DE 15 DE ABRIL DE 2016.

Dispõe sobre a proibição de revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho e trata da revista íntima em ambientes prisionais.

p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.”
(NR)

Art. 19. O art. 1º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º.....
.....
§ 2º

II - às organizações terroristas, entendidas como aquelas voltadas para a prática dos atos de terrorismo legalmente definidos.” (NR)

Art. 20. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 16 de março de 2016, 195º da Independência e 128º da República.

DILMA ROUSSEFF
Wellington César Lima e Silva
Nelson Barbosa
Nilma Lino Gomes

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º As empresas privadas, os órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, ficam proibidos de adotar qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino.

Art. 2º Pelo não cumprimento do art. 1º, ficam os infratores sujeitos a:

I - multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao empregador, revertidos aos órgãos de proteção dos direitos da mulher;

II - multa em dobro do valor estipulado no inciso I, em caso de reincidência, independentemente da indenização por danos morais e materiais e sanções de ordem penal.

Art. 3º (VETADO).

LEI Nº 13.277, DE 29 DE ABRIL DE 2016.

Institui o dia 7 de abril como o Dia Nacional de Combate ao Bullying e à Violência na Escola.

A **PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É instituído o Dia Nacional de Combate ao Bullying e à Violência na Escola, a ser celebrado, anualmente, no dia 7 de abril.

LEI Nº 13.285, DE 10 DE MAIO DE 2016.

Acrescenta o art. 394-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

A **PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 15 de abril de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

DILMA ROUSSEFF

Eugênio José Guilherme de Aragão

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de abril de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

DILMA ROUSSEFF

Aloizio Mercadante

Art. 1º Esta Lei acrescenta o art. 394-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, a fim de dispor sobre a preferência de julgamento dos processos concernentes a crimes hediondos.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 394-A:

“Art. 394-A. Os processos que apurem a prática de crime hediondo terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.”

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação

LEI Nº 13.330, DE 2 DE AGOSTO DE 2016.

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar, de forma mais gravosa, os crimes de furto e de receptação de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes.

O VICE - PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar, de forma mais gravosa, os crimes de furto e de receptação de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes.

Art. 2º O art. 155 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte § 6º:

“Art. 155.

Brasília, 10 de maio de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

DILMA ROUSSEFF

Eugênio José Guilherme de Aragão

§ 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.” (NR)

Art. 3º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 180-A:

“Receptação de animal

Art. 180-A. Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender, com a finalidade de produção ou de comercialização, semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, que deve saber ser produto de crime:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 2 de agosto de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

MICHEL TEMER

Alexandre de Moraes

