

MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

Nascido em Quatá, Estado de São Paulo, o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, atualmente abrilhantando o E. STJ, formou-se em Direito na Faculdade do Largo de São Francisco (USP), turma de 1955, havendo desempenhado, antes do atual, os seguintes cargos públicos: Defensor Público no Distrito Federal, Juiz de Direito do Distrito Federal, Desembargador presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios. Como professor universitário, leciona atualmente na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, depois de haver prestigiado o corpo docente das Faculdades de Direito do CEUB. Nada obstante as exigências dessas duas atividades, encontra tempo para a publicação periódica de trabalhos jurídicos, sejam eles artigos em revistas especializadas, sejam alentados tratados como os conhecidos *Dicionário de Direito Penal*, editora Bushatsky; *Compêndio de Direito Penal*, editora Bushatsky; *Estrutura do Direito Penal*, editora Bushatsky; *Direito Penal na Constituição*, editora RT.

Em uma de suas vindas ao Estado natal, concedeu ele à Diretoria do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais uma entrevista informal, que permitiu fosse gravada e, depois de revista por S. Exa., fosse publicada em nossa Revista, como ora se faz.

IBCCrim: Ministro Cernicchiaro, o que nós queremos realmente é aproveitar a sua presença entre nós para inaugurarmos na Revista do Instituto umas páginas permanentes entrevistando pessoas cuja palavra tenha a relevância da sua pois estamos interessados exatamente, como

é do seu conhecimento, em divulgar a nossa reflexão a respeito da constitucionalidade do processo penal ou seja o chamado devido processo legal. A seu ver, de 1988 para cá, os nossos Tribunais, de um modo geral, repensaram aquilo que já vinham fazendo em torno do chamado devido processo legal? Ou continuam os Tribunais a repetir aqueles mesmos chavões que já usavam antes desta chamada Constituição cidadã do falecido Ulysses Guimarães? A sua opinião como juiz e como jurista qual é?

Min. Vicente Cernicchiaro: Minha opinião a esse respeito, tenho externado inclusive em alguns acórdãos. Costumo usar uma expressão que me parece bastante significativa, embora não tenha nenhuma originalidade. O Código de Processo Penal, que é de 1940, deve ser revisto diante dos princípios da Constituição de 1988. De lá para cá são passados cinquenta e tantos anos. A concepção de vida, os princípios jurídicos, os valores que se procura realçar expressam hoje significado bem distinto. O direito processual penal vigente, embora nascido de um regime em que não havia as franquias democráticas, por influência do sistema vigente na Itália, estabeleceu o contraditório. Entretanto, acredito, mais do ponto de vista formal do que do ponto de vista material. Há de se dar atenção, à finalidade da prisão cautelar e da prisão processual. Por exemplo, em nossa turma no S.T.J. tem predominado o entendimento de que a prisão preventiva, por exemplo, há de apresentar, embora isso não esteja ex-

presso no disposto no artigo 594, o pressuposto da necessidade. Não se pode num Estado de Direito democrático, que expressa literalmente o princípio da presunção de inocência, pura e simplesmente prender uma pessoa até que se verifique a realização de um fato, não havendo necessidade. É lógico, não pode acontecer. De outro lado, temos examinado também o devido processo legal, que não se contenta com a possibilidade ou a realização de defesa num plano meramente formal. Há de ser efetivo. A defesa há de ser materialmente consistente. Assim, bastaria, pergunto eu, para satisfazer a defesa prévia, o advogado se limitar a dizer que protesta provar a final a inocência do réu, ou seja, ficaria algo meramente no plano gramatical literal? É aspecto que me parece bastante interessante e ao mesmo tempo, não obstante o um progresso que teve a lei de execução penal, também deve ser relida diante da Constituição de 1988. Está escrito, na nossa Carta fundamental, que são vedadas as penas difamantes. Na realidade quando se executa a lei, no Brasil, ou mesmo a chamada prisão cautelar, na realidade está-se dando tratamento ao condenado sem um mínimo de exigência de respeito à dignidade humana, como regra geral.

IBCCrim: Eu desconheço como funciona isso em outros Estados mas ao menos em São Paulo a chamada prisão temporária, ou prisão provisória, enfim o nome que se dê a essa prisão, que para nós se chama prisão arbitrária pura e simples, aquela decretação de uma prisão quando não é o caso ainda de prisão preventiva, a experiência prática mostra que o abuso na sua concessão é total. Basta um delegado apresentar um ofício ao juiz sem qualquer outro documento e o juiz, especialmente designado para isso, decreta essa tal prisão e alguém permanece preso cinco ou mais dias, cinco no mínimo, sem que o advogado

possa tomar qualquer providência porque não dá tempo nem de processar o *habeas corpus*. A sua opinião sobre esse tipo de prisão: justifica-se ela à vista da Constituição?

Min. Vicente Cernicchiaro: Em face da Constituição há de se fazer conciliação entre o princípio da presunção de inocência que significa que ninguém pode sofrer restrição do exercício do direito de liberdade antes de sentença penal condenatória transitada em julgado, e o interesse público. Há de se conciliar porque a sociedade não pode ficar a mercê de determinadas condutas que afrontem valores, princípios que ela mesma está procurando defender. Nesse meio termo é que me parece ser necessário haver fundamentação da sua necessidade. Não há necessidade de se encerrar o inquérito policial para decretação dessa prisão. Há necessidade de considerar o direito à liberdade para esse fim como regra geral. Só porque o delegado deseja ouvir alguém no inquérito policial, contrariaria a Constituição, trazê-lo preso à Delegacia. Há necessidade de ser o único meio de colher o depoimento que se faz necessário.

IBCCrim: O desembargador Alberto Silva Franco diz que, ao ver dele, não existe uma única hipótese em que se deva decretar esta prisão temporária e não conhece a prisão preventiva. Ou seja, em todos aqueles casos em que se faz necessária, oportuna a prisão temporária caberia a prisão preventiva. Quando não há elemento para a prisão preventiva ao ver dele também não haveria para a prisão temporária. A seu ver essa comparação é procedente?

Min. Vicente Cernicchiaro: Em parte eu concordaria com o eminente professor Alberto Silva Franco. Não conheço a extensão do seu pensamento mas em vista da maneira como foi posta a per-

gunta, responderia: não há, parece-me, sinonímia entre a prisão preventiva e a prisão provisória. Acredito, os pressupostos são os mesmos mas as circunstâncias diferentes. Assim, para que haja a prisão preventiva, deve-se ter como pressuposto a demonstração da existência de um fato definido como infração penal. Para a prisão provisória, a prisão temporária como dizemos, não é necessário que isso aconteça. A necessidade aí é de evitar que a pessoa se furte à obrigação de depor e a circunstância de seu depoimento ser relevante para esclarecimentos de um determinado fato.

IBCCrim: Agora, um outro aspecto da questão: a situação carcerária no Brasil. Essa é outra reflexão do Instituto. Nós temos uma Constituição que prevê o princípio da dignidade, o respeito à dignidade da pessoa humana e todos nós sabemos, juiz ou não, que talvez não haja nenhum ou haja muito poucos presídios no Brasil onde o tratamento do preso se compare ao tratamento que se dá a um animal dentro de um zoológico, por exemplo. Não lhe parece uma afronta ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana a superlotação carcerária de um modo geral?

Min. Vicente Cernicchiaro: Eu não tenho dúvida nenhuma em apoiar a sua conclusão. Com efeito, a execução penal deverá traduzir modo sempre vinculado ao respeito da dignidade humana. Em votos que tenho proferido na 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça, não obstante conhecer a posição do Egrégio Supremo Tribunal Federal, sustento, na ausência do sistema penitenciário específico para prisão albergue, deverá o condenado ser mantido em regime de prisão domiciliar. É flagrantemente inconstitucional mandá-lo cumprir a pena em regime fechado. O réu durante o processo, ou, no caso, já condenado, não pode ficar sujeito a tratamento extra-

legal ou mesmo ilegal simplesmente porque o Estado ainda não complementou o sistema carcerário. De outra parte, eu fico até certo ponto aguardando, mas ainda não apareceu nenhum caso, em que seja demonstrada a existência de alguém no presídio portador de AIDS. Não haverá o direito do demais serem retirados enquanto aquele doente estiver presente?

IBCCrim: Finalmente uma pergunta que me parece também relativa a um tema momentoso, pelo menos entre nós aqui em São Paulo. Quando nós falamos do Direito Penal, a idéia que o leigo tem, de um modo geral, é que esse é um instrumento a serviço do Estado, no sentido de cercear a liberdade humana. Outros, como nós, sustentam o contrário: o Direito Penal, quando prevê figuras típicas, indiretamente, ao contrário do senso comum, está admitindo tudo o mais. Nota-se por vezes em alguns julgados, em algumas decisões de Tribunais ou em sentenças de juízo singular, que é freqüente uma certa preocupação do julgador criminal em atuar como uma espécie de guardião do Estado, quando nos pareceria que a função do Judiciário basicamente seria a de um guardião do devido processo legal, com todas aquelas garantias que se vê na Constituição. Como Vossa Excelência vê aquilo que me parece uma tendência que eu chamaria de um endurecimento, vamos assim dizer, do Judiciário, talvez em face do clamor público, achando que existe uma impunidade muito grande. Não lhe parece que está havendo uma certa confusão entre os "juízes" da "operação mãos limpas", da Itália, que, na verdade, não são juízes, são apenas magistrados com aquela função investigatória que eles têm, com esta tendência desses juízes, talvez até por desinformação, ou sabe-se lá porque, de se transformarem em autênticos magistrados italianos no sentido de colocarem o réu na cadeia a todo

custo. Eu poderia relatar aqui vários casos em que realmente o juiz na dúvida optou pela condenação, o que nos parece contraria toda nossa tradição jurídica. A sua opinião como juiz e como jurista bate com essa minha pergunta?

Min. Vicente Cernicchiaro: Essa questão, acredito, está sendo orientada por um grande equívoco. Acredita-se, mesmo entre pessoas do Poder Judiciário, pessoas que tratam do Direito Penal, que esse setor do direito irá corrigir essa ansiedade geral. Acreditam que a pena traga a finalidade de, uma vez aplicada, e eficientemente aplicada em todo o seu rigor, acabará com o crime. Esquecem-se esses autores principalmente das lições da Criminologia, que busca mostrar a ideologia da infração penal. O crime é conduta

classificada ou qualificada negativamente pela sociedade. Em consequência disso, sempre existirá infração penal, pelo menos na atual quadra histórica. Observa-se hoje preocupação nessa linha do endurecimento a que alude a pergunta. Os meios de comunicação reclamando penas de prisão perpétua, pena de morte. Declarações, como as recentes do atual secretário do Estado do Rio de Janeiro, demonstram o pensamento nessa linha. Tenho para mim que o Direito Penal deve ser a forma civilizada de se tratar alguém que haja praticado fato definido como crime. Nesse modo civilizado há de se buscar a demonstração, o parâmetro, o anteparo do conjunto dos direitos humanos. Fora dessa linha, atritará com a concepção do próprio significado de pessoa humana em nossa história.

**ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS**