

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

O ABSURDO DO AUTOPERDÃO

A Lei da Anistia de 1979, eis que voltada exclusivamente aos opositores da ditadura militar, constituiu inegável marco da democratização do País. Com ela, a nação principiou por se reconciliar com a pátria. Um longo percurso que culminou com a Constituição Federal de 1988, compreendido, porém, num processo histórico inacabado: a pátria ainda não se reconciliou com a nação.

Sabe-se que a Lei da Anistia foi concebida no contexto do regime de abertura gradual e controlada pela ditadura militar que, nela, enxergava um bom caminho para eximir-se das suas contas para com a nação. A lei promulgada, deuse por esperteza supor, *ex parte principis* e de modo farsesco, também o autoperdão à violência institucional praticada pelos agentes da repressão fardados de Estado, e não apenas a garantia de solo seguro às suas vítimas. Mas, no plano normativo, a ninguém é dado perdoar-se a si mesmo. A mensagem escondida na leitura esperta desses usurpadores do Estado é que a violência que praticaram pode ser facilmente esquecida. A tortura, o desaparecimento forçado, e toda sorte de tratamento desumano, degradante e cruel cometidos com recursos, equipamentos e proteção do próprio Estado, tudo foi e segue sendo possível, útil e perdoável quando do apagar das luzes de uma ditadura. Nesse olhar oportunista, a dignidade de cada pessoa humana e o próprio Direito cedem à conservação do poder, onde e quando for necessário.

Basta de arranjos. Chamado pela sociedade civil a interpretar a Lei da Anistia e decidir sobre o seu alcance, o Brasil tem, no julgamento da ADPF 153 pelo STF, a oportunidade histórica de afirmar o processo político brasileiro conforme o Estado de Direito, recusando, por contrário à sua essência, o autoperdão e a violência como práticas do Estado e que, como sabemos, nada mais são que a negação da dignidade da pessoa humana e a negação da própria política.

Por certo, o que se reclama não é a revisão da Lei da Anistia. Bem ao contrário, o que se quer é sua consagração enquanto Direito. Trata-se de ofertar a ela a devida interpretação *ex parte populi*, conferindo-lhe o real sentido e alcance à luz dos preceitos fundamentais da Constituição e da normativa internacional dos direitos humanos. Nisto não se compreendem, por óbvio, os cálculos hermenêuticos elaborados pela ditadura militar e sua estratégia de abertura sob controle.

No texto e contexto constitucional que integram o espaço próprio, superior e privilegiado da reflexão jurídica da ADPF, não há, por impertinência temática, oportunidade para a oposição de argumentos extraídos dos diversos subsistemas do Direito, bloqueando-lhe a eficácia. Deste modo, questões como as indenizações civis ou a prescrição penal não têm pertinência e relevância para o julgamento da ação, obstando-lhe o curso e o mérito.

O direito internacional contemporâneo – ao qual também estamos vinculados – repudia a tortura e qualifica os crimes de violência institucional contra a humanidade, declarando-os imprescritíveis. Aliás, a própria natureza da prescrição penal é de um instituto democrático de limitação do direito de punir, em favor do cidadão e contra o Estado, e não uma causa antirrepublicana de inimizabilidade dos agentes da repressão política ou, por outra, uma causa de afirmação do direito de torturar e silenciar para, logo após, perdoar-se a si próprio.

Que as vítimas da ditadura fazem jus às indenizações civis, disto não se duvida. Mas, isso não é suficiente para a afirmação coletiva do repúdio aos crimes da ditadura militar, e nem à comunicação dos valores democráticos às futuras gerações. É na esfera do Direito Constitucional e do Direito Penal que o sentimento da nação se afirma, conduz e se reconcilia com a pátria.

A oportunidade está dada, e não é lícito desperdiçá-la. A nação tem a possibilidade de, verdadeiramente, assenhorar-se de sua história, e de reconhecer em cada pessoa humana a condição de efetivo sujeito de seu destino. Dizer deste desejo do cidadão um ressentimento é, mais uma vez, um ato de desqualificar a política e ignorar o sofrimento das vítimas. O verdadeiro e nefasto ressentimento nasce desta frustração, do perpétuo adiar em nome do concerto político que não existiu, e não na vontade da verdade.

O IBCCRIM, que tem por compromisso institucional a defesa do Estado Democrático de Direito e dos direitos humanos, manifesta sua convicção na legitimidade política e no rigor técnico da proposta de interpretação contida na ADPF 153. Ao lado de tantas outras entidades e vozes da sociedade civil brasileira, o IBCCRIM espera e acredita na única resposta possível: a Lei da Anistia não alcança e não se aplica aos agentes da repressão política da ditadura militar de 1964, cujos crimes ainda reclamam apuração devida e punição legal. É chegada a hora de elucidar o Brasil.

EDITORIAL:

- O ABSURDO DO AUTOPERDÃO 1
- A ILEGALIDADE DA BUSCA DOMICILIAR REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR 2
Fábio Motta Lopes
- FACÇÕES CRIMINOSAS, “ESTADOS PARALELOS” E PLURALISMO JURÍDICO 4
Bruno Shimizu
- PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES: DISCURSO GARANTISTA, PRÁTICAS INQUISITIVAS 5
Márcia Adriana Fernandes
- O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 6
André Machado Maya
- A POLÍTICA CRIMINAL PARA OS (QUASE) PRETOS/POBRES 8
Yuri Felix
- O BÊBADO E O EQUILIBRISTA? 9
Renato Stanzola Vieira
- A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO ... 10
Christian Laufer e Robson A. Galvão da Silva
- A VALIDADE DA CITAÇÃO FICTA NO ÂMBITO DO JUZADO ESPECIAL CRIMINAL 12
Walter Barbosa Bittar
- O USO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NO TRIBUNAL DO JÚRI ..13
Alexandre de Sá Domingues e Rodrigo de Souza Rezende
- A FALÁCIA DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* COMO PRINCÍPIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL 14
Alexandre Orsi Netto
- A PRISÃO TEMPORÁRIA E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UM BREVE ESTUDO 15
Nestor Eduardo Araruna Santiago
- DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL: DO QUÊ EXATAMENTE ESTAMOS FALANDO? 16
Carla Veríssimo De Carli
- COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: NOVA DENÚNCIA E PRESCRIÇÃO ... 18
Leandro Tripodi

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- O PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE 1313
- ### EMENTAS
- Supremo Tribunal Federal 1314
 - Superior Tribunal de Justiça 1315
 - Tribunais Regionais Federais 1316
 - Tribunais de Justiça 1319

A ILEGALIDADE DA BUSCA DOMICILIAR REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR

Fábio Motta Lopes

Nos últimos dias, tem-se percebido uma tendência de alguns (poucos, felizmente) magistrados de concederem, com a indiferença de promotores de justiça,⁽¹⁾ mandados de busca e apreensão para serem cumpridos por policiais militares, em atendimento à representação, em crimes comuns, dos próprios milicianos. Talvez em nome da “segurança pública”, quando deveriam preservar direitos fundamentais e a ordem jurídica, esses juízes não se dão conta de que estão autorizando militares, em pleno regime democrático, a ingressarem em residências de civis. Trata-se, pois, de uma flagrante ilegalidade – que também acaba alimentando, ainda mais, a falta de integração entre as polícias –, como se passará a expor.

É sabido que a Constituição Federal, no art. 144, §§ 1º e 4º, conferiu às polícias judiciárias (Federal e Civis) as funções de investigação criminal, exceto com relação aos crimes militares. Por sua vez, o CPP, no art. 4º, também estabelece que a apuração das infrações penais e da sua autoria é atribuição das polícias judiciárias.

Dessa forma, caberá a tais polícias – e não às militares – a representação perante o Poder Judiciário por mandados de busca e apreensão, bem como a realização das buscas domiciliares, atividade típica de investigação criminal e voltada à garantia ou segurança da prova⁽²⁾. Se assim não fosse, a busca domiciliar não estaria regulamentada no Código de Processo Penal, que a classifica como **meio de prova**⁽³⁾ e que estabelece, a partir do art. 240, a forma de cumprimento dessa medida cautelar.

Com isso, como bem registra **Pitombo**, os mandados de busca e apreensão deverão ser cumpridos “*pela polícia civil, órgão da administração direta com função de polícia judiciária, nos limites de sua atribuição*”⁽⁴⁾, cabendo à polícia militar, em vez de usurpar funções conferidas a outros órgãos policiais, repassar às polícias judiciárias eventuais informações que demonstrem fundadas suspeitas para buscas em residências.

Aliás, há até mesmo quem sustente que os policiais militares sequer poderiam realizar buscas pessoais, por também se tratar de uma medida cautelar penal que, em razão dessa característica, somente estaria afeta às polícias judiciárias⁽⁵⁾.

À polícia militar, por outro lado, incumbe o importante papel de exercer as funções de policiamento ostensivo e de preservação da ordem pública (art. 144, § 5º, da CF), assim como a apuração de crimes militares, razão pela qual, a *contrario sensu*, não se deve conceder (e não se concede) às polícias judiciárias, nessas hipóteses, mandados de

busca e apreensão⁽⁶⁾.

Não se pode esquecer, igualmente, que a inviolabilidade do domicílio, direito fundamental assegurado no art. 5º, XI, do texto constitucional, é a regra. Assim, para que seja afastada essa garantia, deve-se observar o princípio constitucional do “devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CF), que também se aplica na fase pré-processual⁽⁷⁾. Em decorrência desse princípio, em razão dos dispositivos já citados, só as polícias judiciárias, no curso de investigações criminais formais⁽⁸⁾, havendo fundadas razões e com autorização judicial, é que poderão proceder à inviolabilidade de domicílios em cumprimento a mandados de busca e apreensão. Os direitos fundamentais servem para limitar o poder estatal e os policiais, a exemplo dos demais servidores públicos, apenas poderão praticar atos autorizados pela lei, o que não ocorre quanto a buscas domiciliares, nas infrações penais comuns, com relação às polícias militares.

Analisando o princípio do *due process of law*, explica **Giacomolli** que, no processo penal, desde a investigação, devem ser observados, rigorosamente, as fórmulas e os ritos estabelecidos pelo legislador, que se destinam ao estabelecimento de limites ao poder dos agentes estatais⁽⁹⁾. Destarte, existindo representação por buscas domiciliares e cumprimento dessas diligências por órgão que não possua tal atribuição, estar-se-á diante de flagrante inconstitucionalidade, por violação do princípio do devido processo legal.

Em decorrência disso, ainda que se esteja diante de um crime permanente e que o ingresso na residência tenha ocorrido em cumprimento à ordem judicial, a prova obtida deverá ser considerada como ilícita, por violação a normas constitucionais e infraconstitucionais. De fato, o que motiva o ingresso dos militares em domicílios não é a certeza da ocorrência de um crime – requisito necessário para a incidência do art. 303 do CPP e de uma das exceções do art. 5º, XI, da CF (flagrante delito) –, mas a ordem judicial. Assim, o encontro casual de algum objeto não serve para legitimar uma violação de domicílio baseada em uma ilegal autorização judicial.

Como a polícia militar não tem legitimidade para deduzir pretensão cautelar perante a Justiça Comum e não cabe à autoridade judiciária substituir, indevidamente, a autoridade policial, a apreensão de bens nessas circunstâncias deve ser considerada como prova ilícita, que afeta as demais que dela decorrem, “*contaminando integralmente o processo*”⁽¹⁰⁾, em respeito ao art. 5º, LVI, da

CF, e ao art. 157 do CPP. Sendo a prova ilícita, não poderá o delegado de polícia realizar auto de prisão em flagrante nessas situações, principalmente naquelas (não raras) ocasiões em que os presos, antes de serem apresentados na Delegacia de Polícia, são encaminhados aos quartéis, onde serão fotografados e “interrogados” pelos milicianos, em continuidade às “investigações”.

Também é importante consignar que o juiz, apesar do disposto no art. 242 do CPP, que deve ser interpretado de acordo com o texto constitucional, não pode decretar de ofício medidas cautelares de busca e apreensão. Em respeito ao sistema acusatório, adotado pelo sistema jurídico brasileiro, e à necessária imparcialidade para julgamento, os juízes não devem determinar, *ex officio*, medidas investigatórias de busca e apreensão⁽¹¹⁾. Se deferir de ofício, porém, deverá enviar os mandados às polícias judiciárias para cumprimento, em respeito à Constituição Federal.

Portanto, se a Magna Carta estabeleceu como regra a inviolabilidade de domicílio, assegurou como cláusula pétrea a observância do devido processo legal e definiu de forma clara as atribuições dos órgãos policiais, somente as polícias judiciárias é que poderão realizar buscas domiciliares, função eminentemente de investigação criminal. Como bem salientou a min. **Ellen Gracie**, em voto proferido na ADI 3.614/PR, que declarou a inconstitucionalidade de decreto paranaense que conferia a policiais militares funções exclusivas de delegados de polícia, entre as quais a lavratura de termo circunstanciado, “*as duas polícias, civil e militar, têm atribuições, funções, muito específicas e próprias, perfeitamente delimitadas*” na Constituição Federal e que não podem ser confundidas.

Interpretar em sentido contrário é banalizar a violação de domicílio e abrir um precedente perigoso no sentido de que, em breve, também se faça uma construção para que o Exército entre em residências a pretexto de “preservar a ordem pública”. A conclusão decorre de um raciocínio lógico: se as polícias militares, que são forças auxiliares do Exército (art. 144, § 6º, da CF), “podem” proceder a buscas domiciliares, por que não se poderia estender tal atribuição às Forças Armadas?

Nunca é demais lembrar que, no processo penal, a busca da verdade (ou da reconstrução histórica dos fatos) é limitada pelas normas e pelos princípios constitucionais. Como registra **Badaró**, no “*processo e, principalmente, na atividade probatória, os fins são tão importantes quanto os meios*”, não

sendo a busca da verdade “*um fim que possa ser atingido a qualquer custo*”⁽¹²⁾.

NOTAS

- (1) A respeito do assunto, cf. o Editorial do *Boletim do IBCCRIM* de junho de 2009, que chama a atenção para os riscos das indiferenças (ministerial e judicial) que têm alimentado o que os policiais militares chamam de “ciclo completo de polícia”, famigerada tese que se pretende refutar em um próximo artigo.
- (2) **FERNANDES, Antonio Scarance.** *Processo Penal Constitucional*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000, p. 205.
- (3) Para a doutrina majoritária, porém, seria uma medida cautelar. Nesse sentido, apenas a título ilustrativo: **LIMA, Marcellus Polastri.** *Curso de Processo Penal – vol. II*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 235; **MACHADO, Antônio Alberto.** *Curso de Processo Penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 579.
- (4) **PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos.** *Da Busca e da Apreensão no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 177.
- (5) **MACHADO**, op. cit., p. 592-3. Para **LIMA**, op. cit., p. 245, porém, somente seria possível quando houvesse, ao menos, mandado expedido pelo delegado de polícia.
- (6) É em razão deste § 5º do art. 144 da CF que a Corregedoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul orienta os juízes a apenas expedirem mandados de busca e apreensão para a polícia militar de forma excepcional e “em casos específicos, quando premente necessidade de imposição da ordem pública” (Ofícios Circulares 47/99 e 226/07), o que aconteceria, por exemplo, em situações de calamidade pública ou no caso de greve das polícias judiciárias.
- (7) **GIACOMOLLI, Nereu José.** *Reformas (?) do Processo*

- Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 14; **PRADO, Geraldo.** *Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 133.
- (8) Em Porto Alegre/RS, os magistrados exigem, para deferimento de buscas domiciliares e de outras medidas cautelares (pessoais ou reais), que se esteja diante de uma investigação criminal formal, ou seja, que haja instauração prévia de inquérito policial. Estranhamente, porém, essa mesma exigência não é feita quando se está diante de representações realizadas pela polícia militar, até porque, por não possuir a atribuição para apurar crimes comuns, o tal “procedimento formal”, aqui, não existe.
 - (9) **GIACOMOLLI**, op. cit., p. 14.
 - (10) TJRJ, 5ª Câmara Criminal, HC 2008.059.04669, rel. **Geraldo Prado**, j. 11.09.2008. Disponível em: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 75, nov-dez. 2008, p. 385-7.
 - (11) Como lembra **LIMA**, op. cit., p. 59, “no sistema brasileiro, o juiz só pode buscar a prova, ainda assim de forma supletiva, dentro do processo”, mas jamais de ofício na investigação criminal. Na mesma linha: **PRAADO**, op. cit., 135; **MACHADO**, op. cit., p. 582; STF, ADI 1.570/DF, rel. Min. **Maurício Corrêa**, DJ 22.10.04.
 - (12) **BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy.** *Direito Processual Penal – tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 207.

Fábio Motta Lopes

Mestre em Direito (ULBRA). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (ULBRA). Professor de Direito Penal da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor da Academia de Polícia do Rio Grande do Sul (ACADEPOL). Delegado de Polícia/RS



EDITAL DE CONVOCAÇÃO

São convocados os associados do **INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM** a se reunirem em Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária, a realizar-se em 10 de dezembro de 2009, às 10:00 horas, em primeira convocação, se houver *quorum* estatutário, ou às 10:30 horas, em segunda convocação, com qualquer número de associados, na sede social do Instituto, na Rua XI de Agosto, 52, 2º andar, Centro, São Paulo/SP, a fim de deliberarem sobre a seguinte **Ordem do Dia**:

1. Aprovação de contas referentes ao ano fiscal de 2009;
2. Apresentação e aprovação do relatório de atividades desenvolvidas no ano de 2009;
3. Apresentação e aprovação das propostas de atividades a serem desenvolvidas em 2010;
4. Deliberação sobre as mensalidades para 2010;
5. Reforma Estatutária;
6. Deliberação sobre outros assuntos de interesse do Instituto.

Sérgio Mazina Martins
Presidente



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

1º VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2º VICE-PRESIDENTE: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1ª SECRETÁRIA: Juliana Garcia Belloque

2ª SECRETÁRIA: Cristiano Avila Maronna

1º TESOUREIRO: Édson Luís Baldan

2º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

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

COORDENADORES-CHEFES:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Andre Pires de Andrade Kehdi

CURSOS: André Adriano Nascimento Silva

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Luciano Anderson de Souza

MONOGRAFIAS: Fernando Salla

NÚCLEO DE PESQUISAS: Maria Amélia de Almeida Telles

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM

junto ao Olapoc: Renata Flores Tybiriçá

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS:
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: Rafael S. Lira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

HISTÓRIA: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vitto

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

FACÇÕES CRIMINOSAS, “ESTADOS PARALELOS” E PLURALISMO JURÍDICO

Bruno Shimizu

É comum que a abordagem midiática, ao tratar do fenômeno das facções criminosas, faça referência a “Estados paralelos”, o que, contudo, não encontra amparo em uma investigação empírica, constituindo apenas um jargão alarmista que contrapõe de forma absoluta tais agrupamentos à ordem formal, ou seja, ao Estado de Direito. Trata-se de discurso que impõe o rótulo de inimigo sobre os agrupamentos tachados como organizações criminosas, transformando-os no local da barbárie social, o que tem o condão de justificar políticas supressoras de direitos fundamentais, aos modos da doutrina do direito penal do inimigo.

Uma análise mais aprofundada das facções permite a conclusão de que as práticas de poder que delas decorrem não podem ser entendidas como paralelas à ordem formal, mas simbióticas. É problemática a dicotomia entre o formal e o informal, especialmente quando se faz referência à prisão, local onde se criaram e atuam de forma mais evidente as facções. Na prisão, as técnicas disciplinares legais e extralegais conjugam-se em uma complexa rede de relações de poder chamada de “o carcerário” por Foucault⁽¹⁾.

Essa simbiose pode ser verificada de forma mais ostensiva na infiltração de membros de facções nas estruturas estatais e na corrupção de policiais e agentes de segurança. Há, contudo, uma dimensão mais sutil que diz respeito à dinâmica com que se dão as relações de controle. O caráter falacioso do suposto poder total exercido pela administração de um presídio sobre seus internos já constava das análises de Sykes⁽²⁾. Nessa esteira, uma vez que a instituição penal é estruturalmente incapaz de dominar completamente a massa de internos, a administração é induzida a abrir-se às lideranças informais dos presídios, negociando e fazendo concessões, a fim de manter um nível satisfatório de controle sobre a população sob sua responsabilidade.

A constatação de que não se justifica tratar o fenômeno das facções como correspondente à fundação de “Estados paralelos”, contudo, não significa afirmar que as facções não tenham se tornado polos normativos diversos do Estado, resultando no que Boaventura de Souza Santos nomeou pluralismo jurídico, ou seja, a vigência, no mesmo espaço geopolítico, de mais de uma ordem jurídica, oficial ou não⁽³⁾. Nesse sentido, citam-se as regras de conduta entre os internos impostas pela própria comunidade de presos (o proceder), as contribuições

pagas pelos membros à facção (a caixinha), os julgamentos informais (os sumários) e a execução de penalidades levadas a cabo pelos próprios presos (os justicamentos).

A temática do pluralismo jurídico surge na obra de Santos a partir de pesquisa realizada em uma favela carioca à qual o pesquisador atribuiu o nome fictício de Pasárgada. Seu olhar debruçou-se sobre a existência de regras não-oficiais tidas como legítimas e respeitadas pela comunidade, sendo tal direito informal gerido pela associação de moradores. Tais regras diziam respeito principalmente a questões envolvendo a posse da terra, tendo a comunidade desenvolvido seus próprios meios de solução de conflitos, dada a impossibilidade de acesso às instâncias oficiais. Santos sustenta que os moradores da favela eram submetidos a um “estatuto de ilegalidade”, uma vez que a habitação dava-se de maneira clandestina, restando afastada, portanto, sua tutela pela via do direito estampado nos códigos. A essa comunidade, aliás, o Estado voltava apenas sua face repressiva, por meio de ações policiais violentas. A adesão a regras informais, portanto, consistiu na solução encontrada pela comunidade a fim de colocar termo à violência gerada pela autotutela. Visto que os interesses dos moradores não eram acolhidos pelo direito estatal, a submissão ao estatuto da ilegalidade ligava-se à indisponibilidade estrutural dos mecanismos oficiais de ordenação social, estimulando a comunidade, portanto, à criação de um direito adequado às suas necessidades de regulação e controle.

Ao analisarmos os fatores colocados por Santos na gênese de uma situação de pluralismo jurídico – a inexistência do acesso às instâncias oficiais decorrente de uma ilegalidade existencial –, resta impossível não concluirmos que o ambiente carcerário constitui um local extremamente favorável à criação de um direito paraestatal, ainda que, conforme já visto, não necessariamente paralelo – porque simbiótico – à estrutura formal.

Se Santos identificou, em relação aos moradores de uma favela, a imposição de um “estatuto de ilegalidade”, decorrente da situação de clandestinidade da ocupação do solo, quando se tem em vista a comunidade carcerária, com muito mais razão observa-se tal *capitis diminutio* na medida em que o estigma de criminoso (ilegal) é atribuído ao interno do estabelecimento de forma explícita, seja pela condenação criminal, seja pela mera instauração de processo ou inquérito.

A construção da identidade delinquente no indivíduo preso distancia a comunidade carcerária do acesso aos meios formais de tutela dos interesses, quedando o ambiente carcerário relegado ao império de normas informais. Desse modo, o indivíduo preso, entendido em teoria como sujeito de direitos da execução penal, converte-se, na prática, em mero objeto da execução, sem voz e sem acesso à tutela dos direitos que lhe são nominalmente conferidos.

É nesse contexto, em que a lei e a Constituição carregam uma vasta gama de direitos que não podem ser pleiteados formalmente pela comunidade carcerária, dada a barreira intransponível da falta de acesso à justiça, que o cárcere torna-se um terreno fértil ao surgimento de uma situação de pluralismo jurídico. As organizações sociais de presos, polos de produção normativa informal, surgem como resposta a uma política de Estado genocida, fruto de uma cultura de controle que se baseia em uma ideologia meramente neutralizante, despreocupada com o exercício dos direitos fundamentais na execução penal. Assim como fora identificado por Santos em Pasárgada, a prisão – como a favela – é um ambiente onde o Estado esconde sua “face providência”, denegando o acesso a direitos sociais, e revela-se apenas como instrumento de imposição da violência. Nessa esteira, parece causar pouca perplexidade que a situação de pluralismo jurídico propiciada pelas facções tenha se instaurado nos estabelecimentos penais e alcançado as favelas, lugares onde as leis dos códigos dificilmente se aplicam. Assim, em suma, uma política criminal destinada a fazer frente à questão das facções não deve ter como fundamento a repressão, mas sim, a superação das barreiras do acesso à justiça.

NOTAS

- (1) FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. trad. port. de Raquel Ramalhe. 28ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, pp. 243-253.
- (2) SYKES, Gresham M. *The society of captives: a study of a maximum security prison*. New Jersey: Princeton, 2007, pp. 40-62.
- (3) SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: Souto, Cláudio e Falcão, Joaquim (orgs.). *Sociologia e direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. 2ª ed. São Paulo, Pioneira, 1999, pp. 87-96, p. 87.
- (4) SANTOS, Boaventura de Souza. *op. cit.*

Bruno Shimizu

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

Você, que não concordou com o ponto de vista exposto no *Boletim*, por que não escreve, fundamentando sua divergência? Para propiciar espaço aos outros colaboradores, sintetize sua participação em 6.700 toques, em trabalho inédito.

PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES: DISCURSO GARANTISTA, PRÁTICAS INQUISITIVAS

Márcia Adriana Fernandes

Em tempos de direito penal e processo penal do inimigo o que esperar da Execução da Pena? Vinte e cinco anos após a vigência da Lei de Execuções Penais, pouco, muito pouco mudou na realidade carcerária. No plano formal o discurso é de defesa de direitos, entretanto, na prática tem-se a violação sistemática das garantias asseguradas às pessoas privadas da liberdade.

O ingresso na prisão traz consigo uma nova realidade. O processo de *aculturação* determina, obrigatoriamente, a desconstrução do preso enquanto sujeito. É na execução da pena que o sistema punitivo evidencia toda a sua seletividade, negando tratamento digno e humano. O inimigo agora está contido.

Em que pese o discurso recorrente de que a Lei de Execuções Penais é “*uma das melhores do mundo*”, para que ela possa atingir esse patamar é preciso constitucionalizar-se. Tarefa ingente, pois, mais do que realizar uma (re)leitura constitucional da LEP é preciso **constitucionalizar** e humanizar os operadores jurídicos. Dentre tantos aspectos relevantes que merecem passar pelo crivo constitucional, chamo a atenção para os procedimentos disciplinares, em razão das consequências que produzem, merecem uma revisão conceitual imediata. Aqui fica evidente o abismo que separa o discurso garantista das práticas inquisitivas.

A execução da pena está pautada pela disciplina e segurança, instrumentos de controle. A LEP enumera nos artigos 50 e 52 as condutas consideradas faltas graves. Com uma leitura superficial é possível perceber que a maior parte das condutas não está de acordo com o princípio da legalidade, eis que são descritas de maneira subjetiva. São exemplos de condutas que constituem faltas graves: incitar ou participar de movimento para subverter a ordem e a disciplina; desrespeitar o funcionário, ser suspeito de pertencer ou participar de organização criminosa, quadrilha ou bando e representar alto risco para a sociedade.

Constata-se que a descrição das condutas é ampla e imprecisa. Isso não ocorre por acaso nem é resultado de descuido do legislador. Essa natureza polimorfa da conduta, em claro alinhamento com o discurso *Law and order*, opõe-se flagrantemente ao princípio da legalidade. Um dos corolários do referido princípio é a necessidade de descrever as condutas de maneira objetiva sem dar margem às interpretações ou ambiguidades. Desse modo, as condutas previstas como falta grave, em especial, eis que implicam em restrição maior e mais grave da liberdade do condenado, deveriam ser taxativas e interpretadas, e aplicadas de maneira restritiva.

Como dito acima, as condutas elencadas como falta grave padecem de inconstitucionalidade. Entretanto, trata-se de um fenecimento coletivo, eis que os procedimentos disciplinares instaurados para “apurar” a infração e esta-

belecer a respectiva punição também estão eivados de inconstitucionalidades.

As Comissões Técnicas de Classificação (registre-se, integradas e presididas pelo diretor da unidade prisional, além de um psicólogo, assistente social e dois chefes de serviço) têm dentre suas atribuições legais apurar e “julgar” as infrações disciplinares. Interessante observar que a LEP não menciona a necessidade da presença do defensor do(a) preso(a) demonstrando que a defesa não é importante. O desprezo pela defesa é tamanho que raramente o acusado é assistido pelo defensor durante a CTC e ainda pode assinar um termo prescindindo da defesa (?!).

Justifica-se a falta de defesa técnica alegando-se a possibilidade de exercer o contraditório (*diferido*) *a posteriori*. Ocorre que muitas das sanções que integram o *kit* punitivo da unidade não poderão ser desconstituídas em juízo, pois já foram sofridas (isolamento celular preventivo, restrição do direito de visita da família, visita íntima, banho de sol etc.).

Na sessão pró-forma o condenado ocupa o seu lugar de marginal, no sentido de estar, ainda mais, à margem do direito. Comparece sem defensor para prestar esclarecimentos ou tomar ciência da decisão, isto é, não lhe são asseguradas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Registre-se que, considerando a natureza administrativa da execução da pena, a possibilidade de produção de prova em favor do suposto transgressor vê-se prejudicada.

Importante o esclarecimento trazido por **Louis Séguir**, advogado de um tribunal da inquisição (1786), para que possamos compreender a matriz inquisitiva dos procedimentos disciplinares. Explica que não se deve aceitar que o acusado apresente uma defesa prematura, pois essa possibilidade seria fatal para os bens públicos (leia-se segurança pública) e uma garantia de impunidade. Nesse contexto, não causa espanto que ao final, invariavelmente, o indivíduo acusado pela prática da falta grave reste condenado e literalmente rebaixado.

Assim, é impossível considerar legítimas as sanções e consequências impostas a partir dos procedimentos disciplinares. A convivência e aceitação dessas inconstitucionalidades por parte dos operadores jurídicos agravam sobremaneira o cumprimento da pena. Mais do que isso, evidenciam que o caminho a ser percorrido para a **constitucionalização** e humanização da execução da pena é longo, muito longo...

NOTA

- (1) Op. cit. **CORDERO, Franco**. Procedimiento Penal. Trad. **Jorge Guerrero**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000, pag. 25.

Márcia Adriana Fernandes

Mestre em Ciências Criminais UCAM/RJ. Advogada e professora do Núcleo de Prática Jurídica IBMEC/RJ.



COORDENADORIAS REGIONAIS:

Coordenadora-Chefe: Juliana Garcia Belloque

Coordenadores-Regionais:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

2ª REGIÃO (AC, AM e RR):

Telma de Vercosa Roessing

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e AL):

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e SE):

Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):

Márcio Gaspar Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

João Daniel Rassi

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

André Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília Tripodi, Eduardo Augusto Paglione e Renato Stanzola Vieira

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

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas

Tel./Fax (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: Ativa/M - Tel. (11) 3340-3344

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

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

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar

CEP 01018-010 - S. Paulo - SP

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

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Telefonista	0
Associação, pagamentos, recebimento de materiais	2
Cursos, Seminários, Publicações	3
Pós-Graduação, Laboratório	
Mesa de Estudos e Debates	4
Biblioteca	5
Site	6
Comunicação e Marketing	7
Núcleo de Pesquisas	8
Diretoria e Presidência	9

www.ibccrim.org.br

E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e

boletim@ibccrim.org.br

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

André Machado Maya

Disciplinada no projeto de lei do Senado PLS 156/2009, o instituto do juiz das garantias é uma das propostas que buscam adequar o Código de Processo Penal à ideologia democrática da Constituição Federal vigente.

A título de contextualização, é importante ter em mente que o motivo determinante da elaboração do anteprojeto de um novo Código de Processo Penal está na estampa da incompatibilidade entre os modelos normativos da atual legislação processual, oriunda da década de 1940, e da Constituição Federal de 1988, essa última idealizadora de um Estado Democrático de Direito estruturado sobre um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Neste sentido, consta da exposição de motivos do referido anteprojeto, que “*O Código de 1941, anunciava, em sua Exposição de motivos que ‘...as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade...’. Ora, para além de qualquer debate acerca da suposta identidade de sentido entre garantias e favores, o que foi insinuado no texto que acabamos de transcrever, parece fora de dúvidas que a Constituição de 1988 também estabeleceu um seguro catálogo de garantias e direitos individuais (art. 5º)*”.

Em meio a esse contexto, o PLS 156/2009 propõe a criação do **juiz das garantias**, uma espécie de magistrado responsável pela observância dos direitos individuais dos investigados no âmbito criminal, instituto que propomos analisar em duas diferentes etapas.

Em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que a expressão **juiz das garantias** constitui, por si só, uma redundância em termos. Isso porque a figura do juiz, no âmbito processual penal, não tem outro sentido, outra função, que não a de garantir a estrita observância dos direitos fundamentais dos acusados. A propósito, **Lopes Jr.** afirma que “*o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição*” (**Lopes Jr.**, 2008, p. 113).

Neste ponto, retornamos ao início do Século XVIII, período de transição do absolutismo ao liberalismo, e do surgimento

do Estado de Direito, consequências do fortalecimento dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade, resultado da transição da ideia de **homem fora do mundo** para a de **homem no mundo**, segundo expressão de Dumont (2000, p. 37 e seq.), no sentido de que o homem passa a se colocar no papel de personagem principal, de sujeito de direitos.

Nesse contexto, primeiro com **Locke**, e depois com **Montesquieu**, surge a conhecida teoria da separação dos poderes, e com ela o Poder Judiciário, responsável pela literal aplicação da lei – juiz boca da lei –, e, como consequência, pela garantia dos referidos direitos individuais, tanto em face das ameaças advindas dos próprios particulares, quanto frente às arbitrariedades praticadas pelo Estado. Era preciso que um órgão neutro, não identificado com os próprios particulares, e tampouco com o monarca (Poder Executivo), assumisse a incumbência de solucionar os conflitos e de garantir o respeito aos direitos à vida, à liberdade e à propriedade, dentre outros. Já aí, portanto, na concepção do Poder Judiciário, a ideia era de formatação de um juiz garante, responsável por evitar arbitrariedades e zelar pelos direitos daqueles acusados criminalmente.

Entretanto, embora a redundância da expressão, o instituto do **juiz das garantias** vem, ao fim e ao cabo, reforçar a compreensão da efetiva função dos juízes no cenário processual penal, colocando em destaque, não apenas durante a instrução criminal, mas também, e especialmente, na fase pré processual, o dever de o magistrado atuar não como investigador, mas sim como garantidor de que a investigação criminal obedeça a rígidos padrões de legalidade.

Neste sentido, dispõe o artigo 15, do projeto em questão, ser o juiz das garantias responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, exemplificando, nos seus quatorze incisos, medidas restritivas desses direitos cuja execução deverá passar necessariamente pela sua análise. Não há, até aqui, nenhuma novidade para com a atual legislação processual. No modelo hoje vigente, a execução de qualquer das referidas quatorze medidas são reservadas com exclusividade à análise do Poder Judiciário, dado o monopólio do poder jurisdicional exercido no âmbito penal, justificado pela indisponibilidade dos interesses em jogo (**Giacomolli**, 2006, p. 220).

A inovação legislativa, aqui, diz respeito à criação da figura de um juiz com compe-

tência exclusiva para a atuação na fase pré processual, que a teor do artigo 17 estaria impedido de funcionar no processo. A preocupação do projeto, estampada na sua exposição de motivos, é “*preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes*”. Neste sentido, a exposição de motivos do projeto 156/2009 é clara ao exigir a criação um órgão jurisdicional com função exclusiva de execução dessa missão, um *juizado das garantias*, não bastando que o juiz do processo seja outro que não o juiz que atuou na fase pré processual. Pretende-se, com isso, otimizar a prestação da função jurisdicional criminal e “*manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação*”.

Ainda da análise do projeto 156/2009, observa-se que o juizado das garantias tem competência ampla, abrangente de todas as infrações penais, excetuadas apenas as de menor potencial ofensivo, atualmente reguladas pela Lei 9.099/95 e que, de acordo com o PLS 156, passarão a obedecer o rito sumaríssimo (art. 257, §1º, III), cuja essência é exatamente a mesma da referida lei ordinária. A exceção se justifica na medida em que a prática dessas infrações enseja a lavratura de termo circunstanciado, e não a instauração de inquérito policial. Não há, nesses casos, ao menos como regra, investigação criminal, mas apenas a colheita dos dados necessários à identificação do infrator, da vítima e das testemunhas, bem como a narração resumida do fato delituoso com suas circunstâncias (**Giacomolli**, 2009, p. 85). Por isso, não havendo previsão de adoção de medidas investigativas restritivas de direitos individuais por parte da autoridade policial, afigura-se sem sentido a figura do juiz das garantias nesses casos.

Essa competência, ainda de acordo com a redação do artigo 16 do projeto em questão, cessa com a propositura da ação penal. Impositivo notar, aqui, a referência à *propositura*, e não ao *recebimento* da denúncia. Não será, pois, pela redação do projeto em comento, da competência do juiz das garantias receber a denúncia, ou mesmo determinar a notificação do denunciado para apresentar resposta à acusação, em procedimentos como os previstos na Lei 11.343/06 e nos casos de crimes cometidos por funcionários públicos, pois, em tais hipóteses, a denúncia já foi proposta.

Por fim, consta, ainda do mesmo artigo 16, que uma vez proposta a ação penal as questões pendentes serão apreciadas pelo juiz do processo, compreendido esse como o responsável pela instrução criminal, que as decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o magistrado do processo, quem poderá, após o oferecimento da denúncia, reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, bem como que os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo de instrução.

A não vinculação das decisões tomadas pelo juiz das garantias, em relação ao juiz da instrução, é decorrência lógica da independência que rege a função jurisdicional. Essa independência, porém, encontra limitação no próprio dispositivo legal, quando destaca que poderá o magistrado do processo reexaminar a necessidade das medidas cautelares **em curso**, sugerindo não ser possível o reexame das que restaram indeferidas. Aqui, contudo, é preciso estabelecer um ponto de corte, a fim de não incorrerem em equívocos: a interpretação do dispositivo legal em questão deve ser no sentido da vedação de reexame das medidas cautelares indeferidas desde que com base exclusivamente nos elementos de convicção colhidos durante a investigação pré processual, com base nos quais a medida já fora anteriormente indeferida pelo **juiz das garantias**. Havendo novos elementos de convicção, resultantes da prova produzida durante a instrução criminal, não há como negar ao juiz do processo a possibilidade de, por exemplo, determinar a interceptação das comunicações telefônicas, a quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico, ou mesmo a prisão cautelar do réu.

A crítica, neste ponto, fica por conta da redação do artigo 16, § 1º, segundo a qual as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo. Aqui, tem-se claramente a possibilidade de contaminação do juiz pelos elementos de convicção produzidos no inquérito policial, exatamente em sentido contrário ao objetivo do instituto proposto pelo projeto. Melhor seria, a propósito, que todas as postulações da autoridade policial ou do Ministério Público, referente à investigação criminal, fossem decididas pelo juiz das garantias, e só depois fosse oferecida a denúncia.

Além disso, importa considerar que a cessação da competência do juiz das garantias com a propositura da ação penal, de forma tornar competente para o recebimento da denúncia o juiz do processo, gera o inconveniente de impor a esse magistrado o necessário exame dos elementos indiciários colhidos na fase pré processual, a fim de verificar a existência de justa causa para o processo penal. Aproxima-se, outra vez, o juiz do processo dos elementos colhidos na investigação. O exame dos autos da investigação preliminar retira o distanciamento que a figura do juiz das garantias pretende propiciar ao magistrado do processo. Melhor seria, pois, que o próprio juiz das garantias fosse o competente para o recebimento da denúncia, encaminhando os autos, ao magistrado competente para a instrução criminal.

Considerações finais

Ao fim e ao cabo, trata-se, o juizado das garantias, de um instituto processual cuja principal finalidade é a de garantir um maior distanciamento entre o juiz responsável por proferir a decisão penal e os elementos indiciários colhidos durante o inquérito policial, no intuito de minimizar, o quanto possível, a

contaminação subjetiva do magistrado e, com isso, privilegiar a garantia da imparcialidade.

Não há, nessa proposta, como tem sido referido por alguns, a intenção de criar no Brasil um juizado de instrução, tal como existe na Espanha, onde o juiz é o responsável pela investigação criminal.

No aspecto aqui analisado, e com algumas poucas alterações, o instituto surge como um divisor de águas na sistemática processual brasileira, aproximando-a de um modelo acusatório e democrático de processo penal. Já era tempo da legislação processual se render ao preceitos da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília: Senado Federal, 2009.

DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Trad. Alvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório*. In: *Sistema Penal e Violência*. Coord. Ruth Maria Chittó Gauer. Págs. 209-230. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

_____. *Juizados especiais criminais – Lei 9.099/95*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. 3.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

André Machado Maya

Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS, especialista em Ciências Penais pela PUCRS e em Direito do Estado pelo UniRitter. Assessor de desembargador junto à 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
Bolsista CAPES

PARTICIPE POR ACREDITAR

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: 18/11/2009 (QUARTA-FEIRA) "O VÍNCULO FAMILIAR E O SISTEMA PRISIONAL - O PAPEL DA COMUNIDADE"

Expositores: Michael Mary Nolan e Elenir Celme Fernandes de Miranda

Data: 18/11/2009 (quarta-feira)

Horário: Das 10h00 às 12h00

Local: Auditório do IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar - Centro - São Paulo - SP

Inscrições: Gratuitas, no Portal www.ibccrim.org.br, por e-mail mesas@ibccrim.org.br ou por telefone (11 - 3105 4607, ramal 156).

Participe on-line: ltv.netpoint.com.br/ibccrim

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: 02/12/2009 (QUARTA-FEIRA) "O VOTO DO PRESO PROVISÓRIO EM SÃO PAULO"

Expositores: Mauro Rogério Bitencourt e Rodrigo Pugginna

Data: 02/12/2009 (quarta-feira)

Horário: Das 10h00 às 12h00

Local: Auditório do IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar - Centro - São Paulo - SP

Inscrições: Gratuitas, no Portal www.ibccrim.org.br, por e-mail mesas@ibccrim.org.br ou por telefone (11 - 3105 4607, ramal 156).

Participe on-line: ltv.netpoint.com.br/ibccrim

A POLÍTICA CRIMINAL PARA OS (QUASE) PRETOS/POBRES

Yuri Felix

“Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente ‘vulneráveis’ ao sistema penal, que costuma orientar-se por ‘estereótipos’ que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado”

São com estas sábias e profundas palavras que Zaffaroni e Pierangeli descrevem com propriedade a maneira como operam as agências de controle e repressão do estado, mais acentuada em países periféricos de modernização tardia.

O pano de fundo: uma bela cidade interiorana, nem muito longe, nem muito perto da Capital (440 km). Os personagens: os de sempre, claro, aqueles que não somente no Haiti, mas aqui e ali, principalmente nos meios de comunicação, sobretudo recheando as matérias ditas “policiais”, um pobre, um (quase) preto e, evidente, um com e outro sem farda, todos protagonistas de uma (quase) cidadania que escolhe as condutas para as quais as forças de estado se impõem, com toda sua lógica matemática e cartesiana, onde pobreza mais ociosidade resulta em delinquência/criminalidade.

Precisas foram as palavras de **Marcus Alan de Melo Gomes**, publicadas no artigo “O negro pobre, o repórter e a mídia”, em nosso festejado *Boletim* de nº 200, onde assevera que o suspeito é sempre o “negro, pobre, pouco nutrido, quase nu, algemado”. Ocorre que, mesmo com esta descrição da massa criminalizada, o lúcido pensador citado não poderia imaginar que, em algum lugar, belo e agradável, do interior de São Paulo⁽³⁾, seria ressuscitado⁽⁴⁾ um Decreto-Lei, de 1941. Tempos estes em que, de longe, a democracia sequer foi homenageada, onde reinou a imposição da força e do medo.

Como é de conhecimento da comunidade jurídica, o Decreto-lei 3.688, datado de 03 de outubro de 1941, cuida das Contravenções Penais, e em seu Capítulo VII, denominado “Das Contravenções Relativas à Polícia de Costumes” (melhor nomenclatura não poderia existir) nos brindou com o artigo 59, que versa a respeito do “crime” de “vadiagem”. Não obstante, o risco de chover no molhado, vamos à letra fria (e morta) da norma em debate, em

seu preceito primário:

“Vadiagem – art. 59. *Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita*”⁽⁵⁾.

Sem falar da total desnecessidade da expressão “ocupação ilícita”, pois aquele que se encontra na prática desta ação já comete ato proibido, tipificado em outra norma que não esta em comento. Trata-se da consagração daquilo que o brilhante professor **Nilo Batista** já denominava como os “**Punidos e Mal Pagos**” sendo que, já em outros tempos, “para garantir a mão-de-obra, criminalizava-se o pobre que não se convertesse em trabalhador”.

O fundamento para a aplicação de tal medida é o de que com o aumento assustador da criminalidade se faz imprescindível o uso da tolerância zero, e na chamada televisiva o delegado de polícia alerta: “Quem for pego na rua sem declarar ocupação lícita será conduzido ao D.P. e fichado”. Ora senhores, onde nós estamos? Nunca na história mundial a mão de obra excedente (o exército de reserva) foi em números como os de hoje. O trabalhador que estiver à procura de emprego, não poderá declarar ocupação regular, assim, como ficamos? Conduzimos à Delegacia de Polícia para “fichá-lo” e estigmatizá-lo com a sensação de que além de ser privado de seu direito fundamental ao trabalho, ainda é tratado como um infrator responsável pelo recrudescimento das estatísticas policiais? Será que estamos diante de uma flagrante revisitação ao deletério artigo 14, inciso II, do Decreto contravençional/ditatorial, em que são presumidos perigosos àqueles que tiverem sido “condenado(s) por vadiagem ou mendicância”?

Pensamos que, neste expediente, seria inócuo tracejar algumas linhas para falar a respeito do que o gestor público (no interior ou na capital) deveria fazer em prol daquele que está depois da margem da sociedade de consumo, mas ora, o que se deseja é, no mínimo, políticas em nome da cidadania, dos direitos humanos, e, acima de tudo, que vise contribuir para a inclusão/universalização dos direitos fundamentais que o Estado não pode se abster de promover, principalmente àqueles tidos como mais vulneráveis no capitalismo periférico.

Neste passo, não se pode conceber uma política criminal que não possua assento em nossa Carta Republicana, e principalmente, que não se baseie na dignidade da pessoa humana, no devido processo legal,

e ainda, com estrito respeito aos direitos humanos. Esta orientação deve ser a pedra angular de uma política de segurança pública, a ser aplicada em quaisquer municípios da federação, sendo ou não a cidade dos “três S”⁽⁷⁾. Com isso, a comunidade jurídica não pode tergiversar no momento em que for consultada a respeito desta política municipal de segurança atualmente implantada, propagada pelos meios de comunicação no último período, deve-se rechaçar raso argumento de que pelo fato do incremento da criminalidade doméstica, tem-se que endurecer com a massa ociosa.

E ainda, como se não bastasse, o indivíduo, para que seja avaliada sua possível aptidão para o trabalho, será (segundo notícia) **submetido** à perícia médica e deverá imediatamente procurar um emprego, caso contrário, segundo as palavras do delegado de polícia local deverá “*ser autuado em flagrante por vadiagem e vai ser recolhido à cadeia pública*”. E não se pode esquecer, daqueles que até pouquíssimo tempo, caso se entregassem à mendicância por mera ociosidade ou cupidez, seriam enquadrados neste desditoso Decreto – no **recentemente** (inconstitucional) revogado artigo 60⁽⁹⁾ do mesmo estatuto contravençional, em que se chegava ao apogeu da criminalização do(a) pobre/pobreza, promovendo uma política de higienização, de exclusão dos miseráveis.

Com atos como os descritos, está se afirmando que o indivíduo obtendo seu *green card* de consumidor, adquirindo renda capaz de inseri-lo na sociedade de mercado estará livre da sanção do Estado, logo, não basta ser aquilo que se é (humano), mas torna-se essencial ser agente produtor, para que seja garantido seu lugar no mundo sério, honesto e ordeiro daqueles que produzem e consomem. Até o mais simples – e porque não dizer mais carente, dos (quase) cidadãos – tem a percepção de que algo está equivocado na política de segurança local, estas são suas tristes palavras: “*A gente que é mendigo não tem nada, dorme na rua, [a polícia] vem atrás da gente. De quem é preciso eles não vão*” (g.n.)⁽¹⁰⁾. Assim, este é o retrato de um morador em situação de rua na “pacata” cidade do interior paulistano.

Não se pode deixar enganar, imaginando que em algum momento os traços mais contundentes do capitalismo de barbárie não tenham chegado ao nosso interior, não é mais possível enxergar pela janela o campo florido, mas, sim, uma sucessão de equívocos a serviço de uma lógica perversa e cruel, efeito direto da dinâmica im-

posta por esta globalização excludente. Nem mesmo “a princesinha da Sorocabana”⁽¹¹⁾ foi capaz de suportar as pressões da vertiginosa e galopante sede de punir, núcleo duro do direito penal da vingança.

Por fim, se vê que o cidadão pacato desta cidade se encontra naquele eterno dilema: é preso por vadiagem – engrossando as estatísticas de degeneração social – ou arranja emprego rápido e se contenta plenamente com seu salário mínimo; enfim, mais uma vez, “*punido ou mal pago*”. Neste passo, resta, de forma incisiva, questionarmos e manifestarmos toda a indignação na esperança de que a bela e charmosa cidade de Assis/SP volte a ser, como declama em seu hino, uma terra fraternal, hospitaleira, próspera e feliz e, na prática, seja uma terra de amor e paz em que todos seus moradores, se assim o desejarem, possam, sem medo,

sambar ao som de “*vai vadiar, vai vadiar, vai vadiar...*”.

NOTAS

- (1) Em ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, vol. 1. parte geral, 7ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 69.
- (2) *Boletim IBCCrim*, ano 17, nº 200, julho de 2009, p.10-11.
- (3) Cidade com mais de 100 anos e aproximadamente 100 mil habitantes.
- (4) Utiliza-se o termo ressuscitar, tendo em vista o total desuso da legislação em comento.
- (5) A seletividade social do vetusto decreto, aqui hostilizado, é tão aparente que em seu parágrafo único o mesmo já afirma quais serão aqueles que se salvaram na “*bacia das almas*”, é o que segue: “Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena”.
- (6) BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no

- Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 35.
- (7) Desta maneira que também denominam a cidade de Assis, no interior de São Paulo.
 - (8) Disponível em http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2009/08/117971-assis+endurece+acoes+contra+crimes+e+aplica+lei+que+pune+vadiagem.html
 - (9) Revogada pela Lei nº 11.983 de 16 de julho de 2009.
 - (10) Disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1253618-5605,00-ASSIS+ENDURECE+ACOES+CONTRA+CRIMES+E+APLICA+LEI+QUE+PUNE+VADIAGEM.html>
 - (11) Apelido carinhoso da cidade de Assis/SP.
 - (12) Samba de Zeca Pagodinho – *Vai vadiar*.

YURI FELIX

Pós-graduando em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Membro do IBCCrim e das Comissões: Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais e Política Nacional de Drogas. Advogado criminalista

O BÊBADO E O EQUILIBRISTA?*

Renato Stanzola Vieira**

Circula na internet parecer jurídico da lavra da Advocacia-Geral da União elaborado a partir de **nota técnica** do corpo de consultores jurídicos do Departamento de Polícia Rodoviária Federal que deverá causar preocupação não só aos constitucionalistas, mas também aos estudiosos do direito e do processo penal. Trata-se do Parecer nº 121/2009/AGU/CONJUR/DPRF/MJ⁽¹⁾.

Como ali consta, trata-se de um “*estudo sobre a legalidade e obrigatoriedade de uso de etilômetro, no sentido de uniformizar o tratamento do tema no âmbito deste Departamento*” (de Polícia Rodoviária Federal).

As preocupações nascem das erradas premissas da **nota** – “*análise acerca da legalidade do uso do etilômetro,*” evoluem no decorrer do texto e culminam com as conclusões do tal parecer subscrito por membro da AGU.

Mesmo que seja suficientemente preocupante ler o entendimento na tal **nota** de que “*não existe na Constituição Federal do Brasil, de forma expressa, dispositivo prevenindo que ninguém seja obrigado a produzir provas contra si*”, tão incompreensível quanto isso é a tentativa de colocar em pé de igualdade os artigos 8º, “g” e o 32, ambos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Se por um lado se atesta desconhecer a incorporação pelo direito positivo brasileiro – justamente aquela tão festejada por quem aprecia nosso texto e os direitos que lá estão explícitos **ou não**, como se sabe ocorrer com o artigo 5º, §§ 2º ao 4º da Carta – por outro se confundem as estruturas normativas: a garantia do art. 8º significa não um **mandamento de otimização** (respeite-se a garantia **na medida máxima em que e quando** for possível ser respeitada); não é

só uma recomendação ética e nem uma norma que não contenha uma **regra** no sentido de aplicação **tudo ou nada**. Como a **legalidade penal**, na forma de incidência o privilégio contra a autoincriminação é uma **regra**: ou se aplica ou não se aplica. Não há meio-termo; não é sopesada ao sabor da densidade do que se lhe queira abalancar em sentido contrário⁽²⁾ Distinta normativamente da garantia é o que a própria Convenção nomeia de “*correlação entre deveres e direitos*”, que remonta à ideia liberal de que o direito de um acaba onde começa o direito do outro. Mais: mesmo que o *nemo tenetur* fosse **princípio** e não **regra**, justamente por tratar, no dispositivo do art. 32, de “*correlação*”, o sopesamento não poderia apagá-lo (o princípio); não poderia, seja qual fosse o caso, tirar-lhe a eficácia.

Interpretar duas normas (uma regra e um princípio) com incidências distintas e não oponíveis entre si, não autoriza nem a dizer que o artigo 32 da Convenção relativiza o âmbito do privilege against self-incrimination (principalmente se em vista de situação pré-determinada tendo em conta uma **meta pública** perseguida⁽³⁾, e nem muito menos (muito menos, cara páldia!) que, como diz a nota, “na gama dos objetivos citados no Pacto, está claro que a proteção dos direitos coletivos se encontra acima da proteção dos individuais, não se confundindo e sim sobrepondo-se aos apontados direitos fundamentais de presunção da inocência e proibição da auto-incriminação”. O caso não é de colidência de princípios e já está na hora de pararmos de pensar na falsa oposição apriorística entre o que se apresenta como individual e o que nos apresenta como coletivo. É de complementaridade que se trata e o respeito ao público ou

coletivo arranca fundamentos do respeito às próprias garantias individuais.

Impressiona a tentativa do velho discurso travestido na leitura de novo documento e pretensamente novas – mas comumente sincréticas⁽⁴⁾ – interpretações: caminhou-se tanto para colocar os direitos fundamentais na centralidade da conformação dos Estados de Direito (alguém se lembra do *Rechtstaat* alemão pré- segunda guerra?) e, em pleno ano de 2009 se insinua a velha lição de que o “*direito fundamental coletivo*” deve se sobrepor ao “*direito fundamental individual*”.

Com tal forma de ver as coisas, a partir da noção utilitária **do que se almeja conseguir** (como no caso da **nota**, “com o objetivo de diminuir a quantidade de acidentes de trânsito causados por motoristas embriagados”), tenta-se fazer com que uma **política pública utilitarista** sacrifique o **homem** e sua individualidade a serviço da **meta**. Gera desalento, depois de **Kant**, patrono da ideia de que dignidade humana sintetiza-se na ideia de que o homem é um **fim em si mesmo** e não um **meio para a satisfação alheia** (é por isso que ela, a dignidade humana, tem *Würdigkeit*, e não *Wert*), colocá-lo a serviço de alguma ideia de “bem comum” circunstancial.

Com essas premissas e essas considerações da **nota**, paradoxalmente não estranha que a AGU, no tal parecer, tenha considerado o entendimento adequado e inclusive tenha sugerido ao final que “*caso o condutor nega-se (sic) a fazer o teste este deve ser enquadrado no crime de desobediência do art. 330 do Código Penal*”. Tal entender atesta flagrante desconhecimento também de norma imposta pela própria lei de trânsito já

vigente (Código de Trânsito Brasileiro, com redação da Lei 11.705/2008) que prevê **medidas administrativas** ao recalcitrante na produção de prova contra si (art. 165, § 3º), tudo a afastar, na raiz, a cogitação do tal crime.

A conclusão do parecer desconsidera não só a evolução no sistema do common Law do *privilege against self-incrimination*⁽⁵⁾ como a noção agudizada entre nós – que, sim, temos a garantia insculpida na Constituição, cara páldia! – de que “o nemo tenetur se detegere é direito fundamental do acusado. É que o exercício regular de um direito não pode caracterizar crime, nem acarretar conseqüências prejudiciais ao acusado. A recusa é legítima”⁽⁶⁾. Mais que isso, nem se resolve o problema pois se deixa em aberto a propalada proteção ao trânsito: **ou será que alguém escolheria ser processado por crime apenado com o mínimo de 01 ano de detenção** (art. 306, CTB) ao invés de conduta punível com pena máxima de **06 meses de detenção** (art. 330, CP)? Nem aos utilitaristas, pois, o argumento serve.

Ressalvada a necessidade de maior estudo sobre a constitucionalidade da lei vigente em si, anseia-se, pelo menos, a revisão do parecer objeto dessas linhas, não só pelos contra-argumentos que aqui foram lançados como também, por apego aos clássicos brasileiros, parecer ser correta a lição de **Celso Antonio Bandeira de Mello**: “*Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade? Evidentemente,*

não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contra-senso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um”⁽⁷⁾.

Não se leia a crítica como apologia aos **bêbados**. Mas, com argumentos assim, o pareceristas é que mal se equilibram.

NOTAS

- * Agradeço ao amigo **Diogo Malan** pelo encaminhamento da notícia e por me manter sempre com o espírito crítico alerta.
- ** Com a superveniência da Instrução Normativa nº 03, de 25.08.2009, do Departamento de Polícia Rodoviária Federal que, em seu artigo 19, com muita sobriedade, isentou de responsabilização criminal hipotética aquele que se recusar à submissão aos procedimentos de fiscalização de estado etílico, o autor chegou a considerar que este artigo não tinha mais motivo para ser trazido a público. Parece, contudo, que as razões do texto permanecem, quer porque é elogiável a postura dos agentes da polícia judiciária federal, quer porque a irrisignação com o entendimento contido no parecer da A.G.U. parece justificar, ainda, o questionamento público.
- (1) A cópia do citado parecer e da nota técnica que motivou sua confecção pode ser encontrada em <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-agu-etilometro.pdf>
- (2) No sentido do texto, com suas próprias e autorizadas palavras, **Virgílio Afonso da Silva**. A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 36.
- (3) Mesmo que se conheça a problemática da ponderação que, segundo alguns, permite-se ver en-

tre princípio e política pública (**Daniel Sarmento**. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. **Daniel Sarmento** (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 85.

- (4) Mais uma vez, a nada desautorizada lição do professor titular de Direito Constitucional da USP é uma voz que, conquanto alentadora, talvez ainda pregue no deserto: “*Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior e, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado com revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis*”. (Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In Interpretação Constitucional. **Virgílio Afonso da Silva** (coord.). São Paulo: Malheiros. 2005, p. 116). Aliás, para não ir tão longe, basta uma leitura da obra de **Konrad Hesse** citada na nota para desconstruir a ideia falsa da suposição de que os condutores de veículos enquadrar-se-iam no chamado “grupo especial”, a submetê-los à acriticamente reproduzida noção de “relação de poder especial”.
- (5) Por todos, ler **Leonard W. Levy**. Origins of the fifth amendment. The right against self-incrimination. Chicago: Ivan R. Dee. 1999.
- (6) **Maria Elizabeth Queijo**. O Direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio Nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva. 2003, p.370.
- (7) A noção jurídica de “interesse público”. In: Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 182.

Renato Stanzola Vieira

Mestre em Direito Constitucional (PUC/SP),
membro do Instituto de Defesa do direito de Defesa e
advogado criminalista em São Paulo

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Christian Laufer e Robson A. Galvão da Silva

A jurisprudência dos EUA, ao longo do último século⁽¹⁾, construiu o raciocínio segundo o qual atua dolosamente o agente que preenche o tipo objetivo ignorando algumas peculiaridades do caso concreto por ter se colocado **voluntariamente numa posição de alienação diante de situações suspeitas**, procurando **não se aprofundar no conhecimento das circunstâncias objetivas**. Trata-se da teoria da **cegueira deliberada**.

Fora do sistema da *Common Law*, o Tribunal Constitucional da Espanha vem acatando esse entendimento há quase uma década⁽²⁾, no sentido de dizer que atua dolosamente quem pratica o núcleo do tipo, diante de uma situação suspeita, colocando-se em condição de ignorância, sem se importar em conhecer mais a fundo as circunstâncias de fato.

No Brasil, **Moro**, em matéria de lavagem de capitais, defende serem subjetivamente típicas condutas que tenham sido praticadas nessa situação de “*autocolocação em es-*

tado de desconhecimento”, quando o agente procura não conhecer detalhadamente as circunstâncias de fato de uma situação suspeita.

Sobre o tema houve, recentemente, na jurisprudência brasileira, um importante precedente. Trata-se da sentença que julgou os supostos autores e partícipes do furto de mais de R\$ 160 milhões dos cofres do Banco Central em Fortaleza/CE. Dentre os acusados, estavam dois vendedores de carros que realizaram negócios com os supostos ladrões, recebendo altas somas de dinheiro vivo em troca das mercadorias. Ao considerar que o furto foi praticado por uma organização criminosa (enquadrando-se na hipótese do artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/98), o juiz singular, aplicando a teoria da **cegueira deliberada**, condenou os dois comerciantes por lavagem de dinheiro, asseverando que agiram com indiferença à estranheza da negociação realizada com dinheiro em espécie, assumindo o risco de

vender automóveis em troca de dinheiro sujo. Em segunda instância, o TRF da 5ª Região afirmou expressamente que “*a doutrina da cegueira deliberada é aplicável a todos os delitos que admitam o dolo eventual*”. Contudo, como a imputação dizia respeito ao artigo 1º, § 2º, inciso I, da Lei de Lavagem de Dinheiro, que só admitiria o dolo direto, reformou-se a sentença de primeira instância⁽⁴⁾.

O problema da **cegueira deliberada** é, em verdade, um problema de **dolo eventual**: cabe perquirir se, segundo o ordenamento pátrio, atua com **dolo** aquele que, diante de situações suspeitas, age de modo a possivelmente praticar o tipo objetivo sem se importar em conhecer mais a fundo as circunstâncias de fato.

Desde já, cabe assentar uma premissa: quando se trata de ignorância deliberada, fala-se sempre em “*certo grau de suspeita a respeito das circunstâncias de fato*”. O sujeito tem alguma noção daquilo que o rodeia,

chegando a suspeitar da existência de alguma ilegalidade. A ignorância intencional se dá a respeito apenas de eventuais conhecimentos adicionais que poderiam vir a ser conhecidos caso o agente empreendesse uma investigação, ainda que sucinta.

Sabe-se que o dolo eventual é conceituado legalmente a partir da **assunção do risco** de produzir o resultado da ação típica (artigo 18, inciso I, CP). Mas é claro que essa modalidade dolosa também exige o elemento cognitivo. Em primeiro lugar, porque é impossível, logicamente, assumir o risco de produzir o resultado daquilo que não se conhece, ao menos minimamente. Em segundo, porque o próprio artigo 20 do CP prevê que o erro sobre elemento constitutivo do tipo exclui o dolo.

Na doutrina brasileira, ensinam **Zaffaroni** e **Pierangeli** que não se exige, para o dolo eventual, o “*completo conhecimento dos elementos do tipo objetivo*”. Para eles, há dolo eventual mesmo quando o autor duvida de alguns desses elementos e, mesmo assim, age de modo a assumir o risco de produzir o resultado normal do tipo, conformando-se com ele.

Esse é o mesmo entendimento de **Roxin**, que afirma “*agir com dolo eventual*” aquele que, **suspeitando** da presença dos elementos do tipo objetivo – mas sem a certeza absoluta – age de modo a possivelmente produzir o resultado típico.

De qualquer forma, ainda que se admita o dolo eventual em casos de dúvida acerca de elementos do tipo objetivo, é certo que se exige o efetivo conhecimento acerca de um mínimo de circunstâncias de fato: ou se tem um certo conhecimento de elementos do tipo objetivo, quando se poderá falar em dolo (direto ou eventual), ou não se tem, e aí só se poderá falar em culpa.

Isso porque o “*conhecimento potencial dos elementos do tipo objetivo*” não configura o dolo eventual, diferentemente do que ocorre com o “*conhecimento potencial da antijuridicidade*” do fato, que enseja a culpabilidade⁽⁷⁾. O mínimo de representação das circunstâncias do tipo objetivo deverá estar

efetivamente presente no momento da conduta, não se aceitando que o agente pudesse “*vir a ter esse conhecimento mínimo*” exigido caso se esforçasse para tanto.

Pode-se concluir, com apoio no entendimento de **Santos**, que o **estado de ignorância** acerca do mínimo conhecimento exigido afasta o dolo. O desconhecimento, ainda que advenha de uma autocolocação em estado de alienação, está em relação de **exclusão lógica** com qualquer espécie de dolo.

Neste ponto, todavia, cabe indagar: tratando-se de situações suspeitas, qual é o grau de conhecimento que permite diferenciar o dolo eventual da culpa consciente? A resposta a essa pergunta, segundo se entende, dependerá das circunstâncias de cada caso concreto, quando então será possível avaliar qual o grau de ciência das circunstâncias de fato, no momento em que se praticou a conduta descrita no tipo objetivo.

Em verdade, o problema não é o fato de o agente não se aprofundar no conhecimento, até porque a lei, em regra, não obriga que se efetue tal investigação. A resposta estará no grau de conhecimento que o autor efetivamente possui ao cometer o tipo objetivo: se há sérios indícios (representados no intelecto), poderá haver dolo eventual, independentemente de o agente ir além na investigação. Afinal, nessa hipótese o autor terá o “*conhecimento necessário das pertinentes circunstâncias do fato*”, suficiente para a caracterização do dolo eventual. Porém, na ausência desses sérios indícios, não há dolo, pelo simples fato de que o conhecimento exigível para a configuração de qualquer espécie dolosa deve ser sempre **atual**, e não **potencial**.

Ao se tratar da “*cegueira deliberada*”, tem havido uma inversão na ordem de importância do que efetivamente deve ser analisado. Prioriza-se aquilo que o sujeito **não sabe** (os conhecimentos adicionais potencialmente alcançáveis), ao invés de estudar-se aquilo que está devidamente representado pelo autor ao decidir prosseguir agindo. É certo que sempre será possível ao agente

conhecer mais a fundo as circunstâncias do caso concreto, motivo pelo qual não é correto enaltecer aquilo que o sujeito **podia vir a conhecer**.

Em conclusão, em sistemas jurídico-penais como o brasileiro, acredita-se ser de pouca valia a teoria da **cegueira deliberada**. Tudo o que integra essa **cegueira**, ou seja, todos os elementos de fato que não são representados pelo agente, por intencionalidade ou não, não integram o elemento intelectual do dolo e, portanto, não podem acarretar nenhuma condenação por crime doloso.

NOTAS

- (1) A teoria da *willful blindness* foi utilizada, pela primeira vez, na Inglaterra, em 1861. Cf. **RAGÜES I VALLÈS, Ramon**. *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2007. p. 65 e ss.
- (2) O primeiro pronunciamento do Tribunal Supremo da Espanha deu-se em 10 de janeiro de 2000. Cf. **RAGÜES I VALLÈS, Ramon**. *Op. cit.* p. 23/24.
- (3) **MORO, Sérgio Fernando**. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In: *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. **BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando** (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 100-101.
- (4) Sentença proferida nos autos n. 2005.81.00.014586-0, da 11ª Vara Federal da Subseção de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará. Acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, 2ª Turma, na Apelação Criminal ACR5520-CE, relator des. federal **Francisco Barros Dias**, publicada no DJU de 22/10/2008.
- (5) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique**. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 500/501.
- (6) **ROXIN, Claus**. *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Lima: Grijley, 2007. p. 201.
- (7) **SANTOS, Juarez Cirino dos**. *Direito Penal*: Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006. p. 154-155.
- (8) **SANTOS, Juarez Cirino dos**. *Op. cit.* p. 150.

Christian Laufer
Advogado criminal

Robson A. Galvão da Silva

Especialista em Direito Penal e criminologia pela UFPR/ICPC, especialista em Direito Penal econômico pela Universidad Castilha-La Mancha (ES), mestre em Direito econômico pela PUC-PR. Advogado criminal

PARTICIPE POR ACREDITAR

17 A 19 DE NOVEMBRO DE 2009 - I CONGRESSO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE VITÓRIA – VITÓRIA /ES

Data: 17 a 19 de novembro de 2009

Local: Universidade Federal do Espírito Santo

Organização: Centro Acadêmico do Curso de Direito da UFES - Centro Acadêmico Roberto Lyra Filho (CARLF)

Palestrantes confirmados: Alvino de Sá (USP), Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva (UFMG), Carlos Eduardo Adriano Japiassú (UERJ) e Sérgio Salomão Shecaira (USP)

Inscrições: Centro acadêmico do curso de Direito da UFES (CARLF)

Informações: <http://ccccquatro.blogspot.com/> ou carlf.ufes@gmail.com

A VALIDADE DA CITAÇÃO FICTA NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Walter Barbosa Bittar

O art. 5.º, LV, da CF, consagrou o princípio do contraditório, o que implica na necessidade de se dar a conhecer a existência da ação de todos os atos do processo às partes, oferecendo, por outro lado, a possibilidade destas reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis, fundamentando a comunicação dos atos processuais, o que ocorre por meio da citação, intimação e da notificação.

Mas, sem dúvida, a citação é o ato de comunicação processual mais relevante, eis que é o momento em que o réu, formalmente, é cientificado do procedimento persecutório penal, sendo chamado a juízo para oferecer sua defesa, complementando assim, a relação jurídica processual. Este verdadeiro instrumento processual está a serviço da eficácia plena dos direitos fundamentais, não se podendo conceber qualquer diminuição das possibilidades dos acusados em geral de reagirem à acusação, resistindo à pretensão do acusador.

É neste sentido que ganha expressão o destaque de **Aury Lopes Jr.**, citando **Paulo Rangel**, ao concordar que a citação “*é direito e garantia fundamental do indivíduo, conforme consagrado na Constituição Federal e inerente ao postulado do devido processo legal (cf. art. 5.º, LIV c/c LV), pois não poderá haver processo judicial válido, privando o indivíduo da sua liberdade de locomoção, sem que se lhe dê o direito de defesa e de contraditar a acusação*”⁽¹⁾.

Desse modo, qualquer violação à forma prescrita na legislação pátria para a citação, acarreta a invalidade processual por força do art. 564, III, e, do CPP.

Neste contexto, deve ser observado, no âmbito do Juizado Especial Criminal, a hipótese de citação ficta, realizada por edital, após esgotadas todas as possibilidades de encontrar o réu para a realização da citação real (pessoal).

Em que pese o Código de Processo Penal pátrio que determina, na forma do art. 361, a citação por edital, com o cumprimento de todas as exigências formais inerentes a esta espécie de citação ficta, a Lei 9.099/95, por força dos arts. 62 e 65, § 1º, mitigou a formalidade processual, nos crimes da competência do Juizado Especial, consagrando que os princípios da informalidade e da celeridade devem ser observados sempre que possível na execução dos atos processuais.

Todavia, “*a efetividade dos diversos atos de comunicação processual representa condição indispensável ao pleno exercício dos direitos e faculdades conferidos às partes; sua*

falta ou imperfeição implica sempre prejuízo ao contraditório, comprometendo toda a atividade subsequente”⁽²⁾.

No que tange ao ato citatório, assevera **Ada Pellegrini Grinover**, que a **citação é ato essencial** (sem o qual estariam vulneradas as garantias do devido processo legal), do qual prescinde registro, **não abarcados pelo princípio de informalidade e oralidade**.

O cerne da questão é o paradoxo que surge entre a permissão da informalidade processual, no âmbito do Juizado, e as regras formais exigidas para a citação válida no juízo comum.

Neste sentido é que a previsão do parágrafo único, do art. 66⁽⁴⁾, da Lei 9.099/95, dirime qualquer dúvida, ao prever, no caso de frustradas as diligências para citação do acusado, que sejam encaminhadas as peças ao juízo comum para que seja feita citação por edital, deslocando a competência para este, não permitindo, no que tange ao ato citatório, qualquer mitigação das garantias dos acusados em geral, quanto a ser cientificado da acusação (mesmo reconhecendo a ficção inerente à citação por edital), de que possui contra si um procedimento persecutório penal, em favor da menor exigência, admitida pela Lei 9.099/95 (informalidade, oralidade e celeridade).

Mesmo a modificação do art. 362 do CPP, introduzida pela Lei 11.719/2008, admitindo a citação por hora certa, o que implicou na transmissão de uma categoria do processo civil para o processo penal, minimiza a exigência da remessa das peças para o juízo comum para proceder à citação por edital.

Segundo **Cezar Roberto Bitencourt**, “a não localização do acusado para ser citado opera *declinatoria fori*; embora a competência *ratione materiae* fosse do Juizado Especial, a não localização do acusado para o ato citatório tem o condão de alterar a competência, transferindo-a para o ‘juízo comum’”⁽⁵⁾.

Na verdade, não há no âmbito do Juizado Especial a mínima possibilidade, sequer, de realizar a citação ficta (editalícia), exigência que não pode ser suprida – no âmbito do Juizado Especial – pela citação por hora certa. Desse modo, em caso de impossibilidade da citação pessoal as peças processuais devem ser remetidas para a Justiça comum na qual terá o seu trâmite normal, pois o art. 18, § 2.º, da Lei 9.099/95, veda a citação por edital no âmbito do Juizado Especial Criminal, já existindo inclusive precedentes neste sentido⁽⁶⁾.

Portanto, nos casos em que não se respeite à expressa determinação legal, impondo a remessa das peças processuais para o juízo comum, ou mesmo admitindo a presunção da citação, ou qualquer outra hipótese que não aquela pessoal, ficarão comprometidos todos os atos processuais posteriores, inviabilizando o prosseguimento do processo.

Importa destacar que, mesmo ante aos princípios recepcionados pela Lei 9.099/95, a citação ficta deve ser a última hipótese que o juiz deverá lançar mão, esgotando todos os meios disponíveis para a realização da citação pessoal, e é justamente por esse fato, reconhecendo que a estrutura do Juizado Especial não é a mesma da Justiça comum que, na impossibilidade da citação pessoal, a competência é deslocada, visando cumprir as exigências legais do contraditório e da ampla defesa, que não podem ser mitigados em qualquer hipótese⁽⁷⁾.

NOTAS

- (1) Direito processual penal e sua conformidade constitucional, Vol. II, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2009, p. 8.
- (2) **GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães.** As nulidades no processo penal. 6. ed. rev., ampl. e atual., 4.ª tir. São Paulo: RT, 2000, p. 100.
- (3) **GRINOVER, Ada Pellegrini** [et al.]. Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 94.
- (4) “*Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei*”.
- (5) **BITENCOURT, Cezar Roberto.** Juizados especiais criminais federais: análise comparativa das Leis 9.099/95 e 10.259/2001. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 82.
- (6) Recurso Crime n. 71000914226, Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul, relatora: **Ângela Maria Silveira**, Julgado em 06/11/2006; TAMG – 2.ª Câmara. Crim. – AP 0341832-4 – rel. **Alexandre Victor de Carvalho** – j. 04.12.2001.
- (7) “*A ausência de qualquer declaração do oficial de Justiça quanto à entrega da contrafé não faz presumir que a tenha oferecido ao acusado. Muito ao contrário, a falta de menção explícita a essa formalidade essencial faz presumir que não tenha sido entregue àquele. A citação é um dos atos mais importantes do processo, porque através dela se inaugura a própria ação. Não pode, pois, haver a mais leve dúvida quanto à sua efetiva realização. Se incerteza há, a respeito, nulifica-se o feito, porque postergado o princípio básico do direito de defesa*”. Apud, **MIRABETE, Julio Fabbrini.** Código de processo penal interpretado. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 883.

Walter Barbosa Bittar

Professor de Direito Penal e Criminologia da PUC/PR.
Mestre em Direito e pós-graduado em processo penal (PUC/PR). Advogado criminalista.

O USO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NO TRIBUNAL DO JÚRI

Alexandre de Sá Domingues e Rodrigo de Souza Rezende

A utilização dos antecedentes criminais do réu pela acusação durante a sustentação oral nos julgamentos do Tribunal do Júri é causa de nulidade absoluta, de modo que influi indevidamente na formação do convencimento dos jurados, caracterizando, tal prática, verdadeiro “direito penal do autor”^(1,2).

É cediço que o atual ordenamento jurídico brasileiro é concebido para que o acusado seja condenado pelos fatos narrados na denúncia, que estão sob a ótica de um “restrito” processo e consequente julgamento, não por aquilo que ele é (ou, ao menos, que a acusação diz ser) ou por aquilo que fez no passado. Assim, trabalha-se com um direito penal do fato e, até mesmo por força constitucional, repele-se um possível “direito penal do autor”.

Ocorre que alguns resquícios do “direito penal do autor” ainda sobrevivem, indevidamente, no ordenamento jurídico vigente, como é o caso do artigo 59 do Código Penal, que impõe ao magistrado, na aplicação da pena base, que leve em consideração os **antecedentes** do agente; bem como no caso da circunstância agravante pela **reincidência**, contida no artigo 61, inciso I, também do Código Penal. Ressalte-se que os **antecedentes** e a **reincidência** devem ser levados em conta **tão somente no momento de aplicação da pena pelo juiz togado** e não para a formação do juízo de culpabilidade.

O magistrado, possuidor de elevado conhecimento técnico-jurídico, é plenamente capaz de ignorar os antecedentes do réu sem etiquetá-lo para a formação do juízo de condenação, levando-os em conta apenas no momento da aplicação da pena, entretanto, os juízes leigos – JURADOS – no mais das vezes, não têm o mesmo discernimento, pois não necessitam de formação jurídica e suas decisões sequer necessitam ser fundamentadas.

O certo é que o conhecimento dos antecedentes criminais do réu pelos jurados influencia sim a formação de seus juízos de culpabilidade, sendo que muitas vezes condenam a pessoa do acusado em face de seus antecedentes.

A condenação não é imposta porque foi comprovada a autoria de uma ação tipificada na lei, mas sim porque o réu foi cabalmente etiquetado e rotulado como criminoso em decorrência de seus antecedentes. Não se pune os fatos, pune-se o ser (o ladrão, o estuprador, o traficante, ou seja lá qual for o estigma que os antecedentes fazem pesar sobre o acusado).

Algo semelhante ocorria com a utilização, como **argumento de autoridade**, da decisão de pronúncia, acórdãos que confirmaram a pronúncia, da decisão que mantinha o uso das algemas no réu durante o julgamento, ou ainda com o silêncio do réu em seu interrogatório, para pleitear a condenação, o que, atualmente, graças à recente reforma processual penal trazida pela Lei 11.689/08, está expressamente proibido, conforme se denota da leitura do artigo 478 e seus conectivos do Código de Processo Penal.

Inobstante à salutar inovação legislativa retroilustrada, o legislador silenciou no tocante às referências aos antecedentes criminais do acusado na sustentação oral em plenário, o que permite a perpetração da injustiça nos julgamentos pelo Tribunal do Júri.

Nesse ponto, operando-se uma hermenêutica embasada na interpretação sistemática do artigo 478 do Código de Processo Penal, sobretudo à luz das garantias constitucionais e internacionais constantes dos Tratados de Direitos Humanos, resta a indagação: “*é possível, respaldado em todo o sistema jurídico vigente, inclusive nos Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário, defender a vedação da utilização dos antecedentes criminais como fundamento para a formação da opinião do Conselho de Sentença?*” Entendemos que sim, pois a interpretação do artigo 478 do Código de Processo Penal deve ser **extensiva**, ou seja, o legislador disse menos do que deveria.

O artigo 3º do Código Processual Penal preconiza que “**A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito**”.

Ademais, no atual Estado Constitucional e Transnacional de Direito, o papel do juiz vai muito além da mera observância pacífica do direito posto, ou seja, da lei, ele deve garantir a prevalência dos princípios, sobretudo daqueles que se referem à dignidade da pessoa humana⁽³⁾.

A atual Constituição erigiu como princípio fundante da República Federativa do Brasil a “dignidade da pessoa humana”, megaprincípio que tem como corolário grande parte, senão a totalidade, das garantias fundamentais trazidas no rol

do artigo 5º da Magna Carta, bem como das garantias insculpidas nos inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos⁽⁴⁾.

À luz do sobredito princípio, não há como aceitar a realização de um julgamento com base no “direito penal do autor”, porquanto se estaria derrubando por terra todas as conquistas da humanidade na seara dos direitos humanos, as quais visam justamente coibir as arbitrariedades e injustiças cometidas em épocas passadas.

Justamente com o fito de se evitar as barbáries outrora perpetradas, os ordenamentos jurídicos modernos trazem inúmeras normas e princípios que visam garantir um direito penal justo, sem que o mesmo invada a esfera do “ser”, impondo normas de conduta que limitam e regulam exclusivamente a esfera da “ação”.

Conclui-se, portanto, ser o “direito penal do fato” aquele que atende aos anseios sociais hodiernamente estabelecidos – à custa de muita luta e muitas vidas, não podendo sequer cogitar sobre algo diferente disto.

Corroborando tal tese o princípio da não culpabilidade, que vem consagrado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, aduz que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Nesse ponto, deve-se ressaltar, **culpabilidade difere, e muito, de periculosidade!**

A **culpabilidade** refere-se ao **fato**, enquanto a **periculosidade** refere-se ao **autor**⁽⁵⁾.

Por derradeiro, devemos trazer à baila o princípio da correlação, segundo o qual a sentença deverá obrigatoriamente se vincular à acusação, não podendo, em hipótese alguma, extrapolá-la. Deve haver congruência entre a condenação e a imputação.

Em suma, seja pela vedação inexorável da aplicação do “direito penal do autor”, bem como por não ter os antecedentes criminais correlação com o fato *sub judice*, não se pode, de forma alguma e sob pena de nulidade absoluta, fundamentar a tese acusatória, perante o Conselho de Sentença, nos antecedentes criminais do acusado, requerendo, assim, sua condenação. São as provas constantes nos autos que deverão formar a opinião dos jurados e nada mais.

**Não se pune os fatos,
pune-se o ser (o ladrão, o
estuprador, o traficante, ou
seja lá qual for o estigma que
os antecedentes fazem pesar
sobre o acusado).**

Logo, conclui-se que uma interpretação extensiva do artigo 478 do Código de Processo Penal nos levará a incluir no rol de vedações também os antecedentes criminais do réu, devendo, inclusive, a Folha de Antecedentes Criminais e as respectivas Certidões Criminais, quando requeridas, serem encartadas em autos apartados para utilização exclusiva pelo Juiz Presidente, tão somente, em casos de condenação, quando da aplicação da pena, não podendo delas se valer ou se-

quer fazer menção o órgão acusador.

NOTAS

- (1) ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1, p. 107.
- (2) BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2004, p. 93-94.
- (3) Gomes, Luiz Flávio e Vigo, Rodolfo Luiz. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções: (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 104-105.

- (4) BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 221.
- (5) Op. cit., p. 94.

Alexandre de Sá Domingues

Advogado criminalista, especialista em Direito Penal pela ESMP, professor universitário, associado do IBCCRIM e do IDDD

Rodrigo de Souza Rezende

Advogado criminalista

A FALÁCIA DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* COMO PRINCÍPIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL

Alexandre Orsi Netto

É recorrente em parcela da jurisprudência nacional o argumento de que no processo de execução criminal incide o suposto princípio do *in dubio pro societate*, determinando que o interesse público deva prevalecer ao direito do sentenciado à gradual liberdade de locomoção, ainda que este tenha preenchidos os requisitos legais para a sua consecução, sempre que o magistrado “*incorrer em dúvida acerca da adesão do criminalmente condenado aos mecanismos estatais de reintegração à sociedade*”.

Essa corrente jurisprudencial, no entanto, é omissa em explicar o fundamento jurídico que justifique a existência desse princípio no sistema penal pátrio. Esse silêncio argumentativo decorre de uma lógica natural: do nada, nada surge. Não é possível “criar” um princípio jurídico a partir de (pré) conceitos empíricos do julgador.

Com efeito, como bem se sabe o direito positivo de um país busca na metodologia dos princípios o alicerce indispensável para consubstanciar o seu arcabouço jurídico⁽¹⁾. Em que pese a existência de princípios implícitos em determinado sistema jurídico, forçoso reconhecer que suas admissões decorrem ontologicamente da estrutura política fundante da Constituição de determinado Estado.

No Brasil adotou-se como valor-fonte e irradiante de todo o seu sistema jurídico a dignidade da pessoa humana, fundamento desta República que impõe ao Estado a afirmação das integridades física e moral do ser humano, pressupondo, portanto, a autonomia deste em relação ao corpo social⁽²⁾. Tem-se, portanto, como aviltante a este fundamento um princípio que traça como diretriz a preponderância do interesse de uma determinada coletividade ao direito de liberdade de pessoa individualmente considerada. Ademais, não é arriscado concluir que é dever do Estado brasileiro proporcionar ao condenado

condições dignas⁽³⁾ de retorno à sociedade livre⁽⁴⁾.

Outrossim, a característica principal de um Estado Democrático de Direito, como sói ser o Brasil, é a prevalência dos direitos humanos, ainda que eventualmente contrarie interesse da maioria, sob pena de o regime democrático tornar-se a capa de uma indistigável ditadura⁽⁵⁾.

Neste contexto, é indispensável ao devido processo penal democrático, onde o acusado/sentenciado é visto como o sujeito principal de direitos e deveres e não objeto do processo, a adoção do sistema acusatório e, em decorrência deste, do sistema da persuasão racional, os quais inquestionavelmente se aplicam ao processo de execução criminal pátrio. Corolários, ainda, deste mesmo processo democrático e da dignidade humana são os princípios da individualização da pena⁽⁶⁾ e da culpabilidade.

Dessa forma, para que o magistrado esteja em consonância com os princípios acima aludidos, ao julgar as pretensões relativas aos institutos que reinserem os condenados gradualmente à sociedade, é inevitável que sua cognição se circunscreva apenas ao modo como cada sentenciado cumpre sua pena e não aos fatos por que foram condenados ou à quantidade de pena aplicada no juízo condenatório, sob pena de inaceitável *bis in idem*, tendo em vista que na sentença condenatória essas situações já foram devidamente analisadas.

Ademais, os fatos anteriores ao cumpri-

mento da pena privativa de liberdade são fatores extra-autos no processo de execução criminal, de maneira que opiniões e pré-conceitos do julgador acerca dessas situações não se coadunam com o sistema da persuasão racional, exatamente porque a sentença não estará fundamentada no processo de integração social do condenado conforme determinado pela Lei de Execuções Penais.

Neste contexto, é indispensável ao devido processo penal democrático, onde o acusado/sentenciado é visto como o sujeito principal de direitos e deveres e não objeto do processo, a adoção do sistema acusatório e, em decorrência deste, do sistema da persuasão racional, os quais inquestionavelmente se aplicam ao processo de execução criminal pátrio.

Nem se discute o inequívoco risco de o sentenciado em usufruto da liberdade gradual voltar a delinquir, haja vista que a própria lei penal previu os institutos da regressão de regime de cumprimento de pena e da suspensão cautelar ou da revogação do livramento condicional, sempre que houver o descumprimento das condições impostas ou da prática de novo crime, exatamente para que essa incerteza seja relevada, pois o juízo que se faz na execução criminal será sempre de prognose e nunca de diagnose, ou seja, é um juízo de probabilidade e não de certeza, pois as provas colhidas são apenas indiciárias de que o condenado aderiu aos mecanismos estatais (precários, diga-se por oportuno) de integração à sociedade.

Como se vê, não há qualquer sustentação jurídica que consubstancie a presença do *in dubio pro societate* como princípio jurídico dentro de um regime democrático, em que a dignidade humana é o seu conteúdo axiológico. Aliás, como ressaltado na brilhante lição de Carmen Silvia de Moraes Barros, “*dar por prevalentes os interesses so-*

ciais na execução penal é negar vigência ao princípio da individualização da pena e às garantias constitucionais e usar o preso para dar satisfação à sociedade, ignorando sua individualidade e dignidade. Dessa forma, falar que na execução penal vige o in dubio pro societate é ignorar por completo que os princípios consagrados na Constituição se estendem à execução penal⁽⁷⁾.

NOTAS

- (1) “Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os princípios constitucionais substanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 143).
- (2) Ensina Sarlet que “é o Estado que existe em função

da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 68).

- (3) “De acordo com esse modelo, a Constituição é marcada pela presença de princípios, especificamente, de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada” (DOVALLE, André Ruffino. *Revista brasileira de direito constitucional* - RBDC n. 9 – jan./jun. 2007. p. 68/69).
- (4) É exatamente este o teor do artigo 1º da Lei de Execuções Penais que aduz que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado”.
- (5) “Direitos do Homem, democracia e paz são três

momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Ed. Campus: 1992).

- (6) “E, individualizar a pena na execução penal é ter em vista o sentenciado e seu necessário retorno ao convívio social e ao mesmo tempo, impedir que sua individualidade sirva de exemplo para alcançar fins que não lhe dizem respeito. Assim não fosse e tampouco se poderia falar em respeito à dignidade do preso” (BARRROS, Carmen Sílvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 151).
- (7) A individualização da pena na execução penal, op. cit., p. 151.

Alexandre Orsi Netto

Defensor Público do Estado de São Paulo

A PRISÃO TEMPORÁRIA E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UM BREVE ESTUDO

Nestor Eduardo Araruna Santiago

A PRISÃO TEMPORÁRIA E O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UM BREVE ...

A entrada em vigor da Lei n. 12.015, de 07/08/09 (DOU de 10/08/09) modificou radicalmente a estruturação típica do Título VI do Livro II (Parte Especial) do Código Penal (CP). De início, operou-se a mudança do nome do referido Título, que passou a se chamar “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Bom começo, já que a dignidade sexual é inerente ao direito de personalidade, que, por sua vez, liga-se diretamente à dignidade da pessoa humana, princípio que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem o dever de promover e proteger, fornecendo todos os meios ao seu alcance para que a pessoa humana se desenvolva de forma sadia e segura.

O foco deste escrito, contudo, não objetiva a exegese dos tipos criados e/ou modificados pela novel lei – como é o caso do crime de atentado violento ao pudor (artigo art. 214, CP), que, uma vez revogado, teve sua caracterização típica integralmente abarcada pelo tipo do crime de estupro (art. 213, CP). Outrossim, pretende-se abordar a modificação legislativa e seus reflexos na Lei n. 7.960/89, que trata da prisão temporária. Para tanto, a referência aos tipos penais que tratam dos crimes de estupro será essencial, pois é com base neles que este trabalho será desenvolvido.

Para iniciar, fale-se sobre a modificação produzida na Lei dos Crimes Hediondos (LCH). Segundo o art. 4º da Lei n. 12.015/09, ao art. 1º da LCH incluiu-se o inciso VI, que se refere ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP). Assim, ficou cristalina a redação do inciso VI

do art. 1º da LCH no tocante ao crime de estupro, englobando não só o estupro em suas formas qualificadas, mas também em sua forma simples, amalgamando no texto legal o entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da hediondez da forma simples do estupro⁽¹⁾.

Questão importante que ora se põe em análise refere-se à compreensão da prisão temporária no tocante às novas configurações dos crimes de estupro e de estupro de vulnerável. Quanto ao tipo penal de estupro (art. 213 e seus parágrafos, CP), não há maiores problemas, porque já há previsão textual expressa na alínea f do inciso III do art. 1º da Lei n. 7.960/89. A nova redação do art. 213, CP vai alcançar, também, a conduta de atentado violento ao pudor, revogando tacitamente, assim, a norma que a regula na lei de prisão temporária (alínea g).

Análise um pouco mais detida merece o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), pois o legislador não fez incluir no texto da Lei n. 7.960/89 qualquer referência ao novo tipo penal, gerando certa perplexidade. Como se sabe, a previsão legal é determinante para haver a decretação da prisão processual, vez que se trata de cláusula relativa à restrição de liberdade. Em outras palavras: o princípio da reserva legal deve ser observado para efeito

de legitimidade do decreto prisional, não sendo cabível o uso da analogia para o uso da força constrictiva do Estado.

Para se solver o problema, vale mencionar que não há diferença ontológica na descrição do preceito incriminador do crime de estupro de vulnerável, em comparação ao crime de estupro. O que se pode notar numa primeira leitura é que a vulnerabilidade da vítima refere-se: i) à sua idade (menor de 14

anos), independentemente do seu sexo; ii) à capacidade de discernimento com relação à conduta contra ela praticada, seja em razão de enfermidade, seja em razão de doença mental; iii) à incapacidade de oferecer resistência à ação criminosa, por qualquer motivo.

Em outras palavras, o art. 217-A concentra em seu texto o que era previsto no art. 224, CP, que, por sua vez, foi expressamente revogado pela Lei n. 12.015/09. Além disso, pode-se claramente perceber que o legislador houve por bem dar um tratamento mais adequado aos casos de estupro em que a vítima, por ser vulnerável, encontra maior dificuldade em resistir ao ataque do agressor. Trata-se, na verdade, de tipo penal derivado do crime de estupro, por prever proteção específica do bem jurídico.

Para reforçar o argumento, vale lembrar que o STF recentemente reafirmou o

Reforça-se a ideia já lançada: seria irrazoável restringir-se temporariamente a liberdade em caso de crime “menos grave” (o estupro) e não o fazer em caso de crime “mais grave” (estupro de vulnerável).

entendimento anteriormente consolidado no sentido de que “o eventual consentimento da ofendida menor de 14 anos para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro”⁽²⁾. Veja-se que é exatamente disso que o *caput* do art. 217-A do CP está cuidando. Desta forma, nada mais razoável compreender-se o alcance da previsão legal acerca da prisão temporária por prática de crime de estupro também para os casos de estupro de vulnerável, em razão de uma interpretação sistêmica e teleológica.

Pode-se levantar como argumento em sentido contrário que se estaria fazendo uma interpretação extensiva ou aplicação analógica (art. 3º., Código de Processo Penal) do texto da Lei de Prisão Temporária, contrariando a regra em que normas restritivas da liberdade do cidadão somente podem ser interpretadas restritivamente,

já que nenhuma modificação foi realizada na referida lei em virtude da promulgação da Lei n. 12.015/09.

Reforça-se a ideia já lançada: seria irrazoável restringir-se temporariamente a liberdade em caso de crime “menos grave” (o estupro) e não o fazer em caso de crime “mais grave” (estupro de vulnerável). Desta forma, não há empecilho algum em se decretar a prisão temporária daquele que tenha supostamente praticado a infração penal de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), ainda mais quando se trata de crime levado à categoria de hediondo, conforme previsão no texto da LCH (art. 2º., § 4º.), que, de forma indistinta, arrola todos os crimes hediondos como suscetíveis de prisão temporária⁽³⁾.

Sabemos que o tema é recente, e, como tal, não está infenso a discussões. Mas, *prima facie*, é o que se pode concluir. Aguardemos as manifestações da doutrina,

bem como as decisões dos Tribunais Superiores.

NOTAS

- (1) STF. HC 81.288/SC. 2ª. T. rel. min. **Maurício Corrêa**. J. em 17 dez. 2001. DJ 25 abr. 2003, p. 34.
- (2) STF. HC 93.263/RS. 1ª. T. Rel. min. **Carmen Lúcia**. J. 19 dez. 2008. DJe 065, 11 abr. 2009.
- (3) **TÁVOR, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues**. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 470.

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor em Direito Tributário, mestre e especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor da Universidade Potiguar (UnP). Coordenador das Especializações da FESAC (OAB/CE). Assessor Jurídico da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Ceará (TJCE).

DELAÇÃO PREMIADA NO BRASIL: DO QUÊ EXATAMENTE ESTAMOS FALANDO?

Carla Veríssimo De Carli

1. Como se trabalha com a delação premiada?

A colaboração espontânea, mais conhecida como delação premiada, tem ocorrido no País inteiro, tanto no âmbito da Justiça Estadual como no da Justiça Federal. Não apenas os juízes de primeira instância se ocupam desse instituto, também os tribunais são chamados a solver questões relacionadas com a delação. Se não, em último caso, reveem penas cuja fixação precisa levar em conta os termos constantes de acordos firmados entre a acusação e a defesa.

Apesar disso, a delação apresenta inúmeras dificuldades em sua aplicação. Boa parte delas advém da insuficiente legislação brasileira⁽¹⁾, que não define com clareza todos os contornos do instituto nem o procedimento a ser seguido. Assim, na prática, cada caso produz uma solução diferente. O acordo pode ser proposto em audiência, às vezes pelo próprio magistrado; em outras ocasiões, é formalizado por escrito, após longas tratativas entre o Ministério Público e o acusado/defesa, adotando a forma de um contrato. Todavia, nem todos os juízes reconhecem ao Ministério Público o poder de negociar termos e condições, ficando, eles próprios, distantes desse processo. E pior: nem sempre o juiz se acha obrigado a respeitar um acordo homologado por outro magistrado e cumprido pelo acusado em todas as suas cláusulas.

Outra dificuldade decorre do fato de ser

o instituto originário da experiência estrangeira, com larga utilização nos países da *common law*. A lógica da justiça negociada não é própria do sistema brasileiro⁽²⁾, e a transposição pura e simples da *plea bargain* poderia entrar em choque com alguns princípios constitucionais relativos ao processo penal.

Para complicar, é preciso considerar que a natureza do instituto pode variar de acordo com o fim a que se destina. Assim, a *plea bargain* pode ser utilizada, por exemplo,

a) para reduzir o tempo de solução de um caso penal, propiciando uma resposta mais rápida para o réu e para a sociedade (redução da impunidade) e priorizando os recursos da máquina judiciária para processar apenas os casos mais complexos e/ou relevantes. Nos Estados Unidos, por exemplo, a *guilty plea* (declaração de culpa e renúncia ao direito de ser processado por um tribunal de júri) encerra em torno de 90% dos casos⁽³⁾, o que a torna parte essencial do sistema de administração da justiça criminal norte-americana.

b) como técnica especial de investigação, quando um membro de uma organização criminosa (estrategicamente importante mas jamais seu líder) irá apontar à polícia judiciária e ao Ministério Público os caminhos para elucidação do crime e para a obtenção das provas. Essa técnica é recomendada

por organismos internacionais tais como a ONU e o GAFI – *Groupe d'Action Financière*, e prevista em Convenções internacionais (Palermo e Mérida) às quais o Brasil aderiu, assumindo, em consequência, o compromisso jurídico de implementá-las.

c) para permitir o julgamento de um maior número de autores de crimes internacionais, dentro de uma ótica de justiça restaurativa. A assunção de culpa e aceitação de pena por todos os crimes cometidos em casos de genocídio e crimes contra a humanidade propicia a responsabilização do agente e permite coletar um grande número de informações para responsabilizar outros agentes mais graduados e que não tenham participado dos atos executórios. Além disso, as famílias das vítimas podem conhecer os detalhes do crime e a localização dos corpos. O reconhecimento público da responsabilidade criminal pode representar a **verdade oficial** de que os crimes ocorreram e da quantidade de vítimas que pereceram, reconstruindo a verdade para uma determinada etnia ou sociedade⁽⁴⁾.

Sendo tão variadas as formas e distintas as funções, percebe-se que não basta importar teorias ou aplicar soluções prontas. Ao mesmo tempo em que é essencial conhecer outras práticas, impõe-se o desafio de

pensá-las à luz dos princípios do nosso sistema jurídico. Como já sustentamos em outra oportunidade⁽⁵⁾, a negociação e o acordo de delação premiada podem ser realizados de maneira a respeitar os princípios da jurisdicionalidade, do direito de defesa, da garantia do sistema acusatório e da presunção da inocência.

2. As questões que demandam respostas uniformes

Existem, portanto, problemas fundamentais a resolver: quem pode propor o acordo? Apenas o Ministério Público? Ou o juiz também tem este poder? O acordo pode existir sem a concordância e a participação do Ministério Público? Quais as formas possíveis – oralmente, em audiência? Ou por escrito, com cláusulas e condições, como num contrato? Até quando ele poderá ocorrer – apenas durante a investigação, também durante o processo até antes da prolação da sentença, ou mesmo depois dela? Qual o papel do juiz? Ele pode participar da negociação? O acordo precisa ser submetido à homologação judicial para ter validade? Depois de homologado, o acordo vincula o Poder Judiciário? Um juiz pode alterar o acordo? Ou rejeitá-lo? Se houver sido rejeitado pelo juiz, mesmo assim é possível subsistir algum tipo de avença, que favoreça tanto à acusação quanto ao acusado? O acusado pode desistir do acordo, se o juiz rejeitá-lo? Quando o acordo é rescindido por culpa do acusado, a prova até então produzida pode ser usada contra ele? Qual o âmbito e os efeitos do acordo? Apenas o processo no qual é firmado, ou pode alcançar outros processos, inclusive aqueles nos quais o colaborador não foi denunciado? Qual o papel da defesa? Ela deverá assistir o acusado em todos os momentos, desde o primeiro contato com a polícia ou Ministério Público (quando começa se manifestar o interesse pela delação premiada) até o final da fase produtiva? Ou o acusado pode firmar o acordo sem a assistência de advogado? Quais os tipos de benefícios possíveis? Redução de pena? Perdão judicial? Suspensão do processo pelo prazo de validade do acordo, que pode ser fixado no prazo prescricional? Ou até mesmo deixar de ser denunciado? É possível que os benefícios alcancem a fase da execução penal, prevendo determinados regimes de pena, ou local e condições de encarceramento? Qual é a validade da prova produzida através de um acordo de delação? O colaborador precisa testemunhar? Qual o direito dos corréus delatados em: a) saber da existência da delação; b) conhecer a identidade do delator; c) conhecer os termos e as condições do acordo; e d) conhecer as provas assim produ-

zidas, a fim de contraditá-las? Como deve ser feito o controle do acordo? Deve ficar em autos separados? É sempre necessário o sigilo? Quem avalia a qualidade da colaboração, para que sejam concedidos os benefícios propostos? O acusado pode apelar, se a sentença não reconheceu o direito aos benefícios que lhe foram oferecidos? Existe mesmo o princípio da obrigatoriedade da ação penal no Brasil? Até que ponto?

Estas questões, entre outras, são as que necessitam ser esclarecidas pela doutrina e pela jurisprudência, até que a lei o faça (ou mesmo depois disso).

3. Algumas soluções possíveis

Como essas dificuldades são enfrentadas em outros sistemas? No âmbito do Direito Penal Internacional existem diferentes situações. As normas de processo do Tribunal Penal Internacional não preveem expressamente a negociação e o acordo entre a acusação e o acusado, mas reconhecem implicitamente sua possibilidade, ao determinar que a fixação da pena pela Corte considerará como minorantes a cooperação a ela prestada e os esforços do acusado para compensar as vítimas⁽⁶⁾.

Já os Tribunais Especiais da ONU - onde ocorreram diversos casos de delação premiada - possuem regulamentação sobre o tema. No caso do Tribunal Especial para a antiga Iugoslávia e do Tribunal Especial para Ruanda, as normas exigem que o acordo de colaboração seja trazido ao conhecimento da Corte em sessão pública, tão logo houver sido concluído entre a acusação e o acusado.

Além disso, o acordo não vincula a Corte - contudo, ao fixar a pena, ela levará em consideração a colaboração prestada à acusação, antes ou depois da condenação. Se esta houver sido substancial, poderá ser considerada como circunstância mitigante⁽⁷⁾.

Nos Estados Unidos existem padrões mínimos fixados pela *American Bar Association*, em relação às *plea bargaining*. Os *standards* recomendam que as Cortes não participem das discussões entre acusadores, defensores e imputados. Caso um acordo seja alcançado, esse deverá ser trazido ao conhecimento da Corte, que poderá tanto aceitá-lo como rejeitá-lo. Se a Corte aceitar o acordo, ficará vinculada a

seus termos, informando ao imputado que irá adotá-lo no julgamento, e fixará a pena nos limites ali previstos ou em quantidade mais favorável. Caso a Corte rejeite o acordo, deverá informar as partes desse fato, advertindo o imputado que não ficará vinculada a seus termos, dando-lhe a oportunidade de voltar atrás, para desistir tanto do acordo como da declaração de culpado.

A solução americana, nesse ponto, parece adequada, porque preserva a independência do magistrado (permitindo-lhe aceitar ou não o acordo) ao mesmo tempo em que garante os direitos do acusado: a prova obtida através do acordo de colaboração do qual o imputado posteriormente desistiu (em razão da rejeição pela Corte) não poderá ser usada contra ele em qualquer juízo cível ou criminal.

A solução americana, nesse ponto, parece adequada, porque preserva a independência do magistrado (permitindo-lhe aceitar ou não o acordo) ao mesmo tempo em que garante os direitos do acusado: a prova obtida através do acordo de colaboração do qual o imputado posteriormente desistiu (em razão da rejeição pela Corte) não poderá ser usada contra ele em qualquer juízo cível ou criminal. Preserva-se, igualmente,

o interesse da acusação, porque se a rescisão do acordo ocorrer por culpa do imputado – que não cumpriu as obrigações assumidas – a prova até então obtida poderá ser usada contra ele.

As normas do processo penal federal norte-americano⁽⁸⁾ seguem, em grande parte, esta linha. Existem duas possibilidades de acordo: os chamados tipo ‘B’ – que vinculam apenas a acusação – e os tipo ‘C’, que vinculam também a Corte, pelo fato de esta ter aceitado o acordo de colaboração. Apesar de a Corte não ser obrigada a aceitar o acordo e a considerá-lo na fixação da pena, pode ser interessante para o acusado firmar um acordo do tipo ‘B’ com a acusação, porque então ele terá a certeza do que essa irá recomendar, em termos de limites de pena, e fica livre para apelar da sentença que for imposta pela Corte em parâmetros superiores aos recomendados.

Ainda que se aproveitem as soluções encontradas por outros países, contudo, não se deve desconsiderar um dos efeitos colaterais dos acordos de delação premiada, que pode não ser tão bem metabolizado no sistema brasileiro: o *deslocamento de poder* que se verifica entre os sujeitos do processo. Do reforço do papel do Ministério Público na delação premiada decorre, na mesma medida, o distanciamento do juiz da causa, que passa a ter menos oportunidades de gerir a prova. Tivéssemos já o tal *processo penal de partes*, próprio do sis-

tema acusatório desenhado pela Constituição Federal desde 1988, esta não seria mais uma dificuldade...

NOTAS

- (1) Mais especificamente, as leis 7.492/86, §4º do art. 159 do Código Penal, 8.072/90, 8.137/90, 9.034/95, 9.613/98, 9.807/99 e 11.343/06.
- (2) Apesar de já se estar utilizando a *transação penal* desde a edição da lei 9.099/95. Nos crimes de me-

nor potencial ofensivo, o Ministério Público pode propor aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, que será fixada pelo Juiz caso o autor do fato aceite a proposta (ou seja, aceitação e imposição de pena *sem processo*, com renúncia aos direitos de defesa e do contraditório).

- (3) COMBS, Nancy Amoury. *Guilty Pleas in International Criminal Law – Constructing a Restorative Justice Approach*. Stanford University Press: 2007, p. 4.
- (4) Idem, p. 136-143.
- (5) DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de Dinheiro – Ideologia da criminalização e análise do discurso*.

- Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p.199-211.
- (6) ICC Rules of Procedures & Evid. 145, 2, a, ii.
 - (7) ICTY, R.P. & Evid., 62ter, B e ICTR R.P. & Evid., 62, B, iii e C.
 - (8) ABA Minimum Standards for Criminal Justice – Standards Relating to Pleas of Guilty, Ch 14 (1986).
 - (9) Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11 – Pleas.

Carla Veríssimo De Carli

Procuradora Regional da República em Porto Alegre/RS.
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: NOVA DENÚNCIA E PRESCRIÇÃO

Leandro Tripodi

O presente trabalho tem por escopo analisar o seguinte problema⁽¹⁾:

“Tício é acusado do cometimento de crime doloso contra a vida. Oferecida a denúncia, Tício é impronunciado por falta de provas. Perito do término do prazo prescricional, porém, surgem novos indícios e uma nova denúncia é oferecida. Pergunta-se: a nova denúncia interrompe o prazo prescricional?”

Primeiramente, é preciso meditar sobre o instituto da prescrição. Muito sucintamente, prescrição é a perda do direito de ação pelo decurso de prazo em lei previsto. No âmbito do penal, a prescrição é regulada pelos artigos 109 a 118 do Código Penal.

A que interesses visa o instituto da prescrição proteger? Sem dúvida, em primeiro lugar, ao da sociedade. É a segurança jurídica que está em evidência. É finalidade da prescrição evitar que situações jurídicas sejam afetadas por incerteza perene. Ocorrida a prescrição, o que passa a existir é a **certeza** de que o Estado não mais tutelar a pretensão por ela fulminada.

Logo, subsidiária, ou reflexamente, há uma proteção do interesse do agente, isto é, de quem pode ou poderia vir a ser, foi ou é sujeito passivo na ação penal. Corolário disso é que, sendo benévolas para o réu, as normas penais que disciplinam a prescrição reclamam interpretação extensiva.

Destaca-se aqui, particularmente, o art. 117, inciso I, do CP, que estabelece a interrupção – portanto com a contagem se reiniciando completamente (art. 117, § 2º) – do prazo prescricional, no momento em que a denúncia é validamente recebida. Pode-se indagar: no caso de haver mais de uma denúncia, até mesmo várias, sucessivas, tendo por objeto o mesmo fato, o recebimento de cada uma delas interrompe, a cada vez e consecutivamente, a fluência prescricional?⁽²⁾

Responder positivamente corresponderia a esvaziar o instituto. Aparentemente, se a cada nova denúncia o prazo prescricional voltasse a correr desde o início, então, na prática, o crime jamais prescreveria. Com efeito, a existência de elementos probatórios

até então desconhecidos não pode ser posta a serviço da coação e da arbitrariedade. A despeito disso, uma resposta negativa exige ressalvas.

Uma delas é o caso de a primeira denúncia ser nula, e o segundo libelo, válido. O STJ já decidiu⁽³⁾ que, na espécie, o recebimento da nova denúncia possui o condão de interromper a prescrição.

No presente caso hipotético, porém, o réu foi impronunciado por insuficiência de provas, nos termos do art. 414 do CPP. E, em conformidade com o parágrafo único desse dispositivo, outra denúncia foi oferecida, devido ao surgimento de prova nova. Como sabido, a impronúncia não faz coisa julgada material.

Assim, é hipótese do problema que a denúncia inicial não foi nula nem inepta, apenas não estava municiada de provas bastantes para acarretar a pronúncia. Foi ineficaz, porque não acolhida na preliminar de mérito que é a análise sumária da existência do fato e dos indícios de autoria.

Como, portanto, resolver a questão?

Ora, o Estado é o dono da ação penal, e é também o titular da persecução criminal em sentido amplo. É ele que dispõe dos meios necessários para que esta ocorra de forma eficaz, qual seja a polícia judiciária, a quem incumbe promover a investigação das evidências materiais do delito. Ao alcance do Estado estão instrumentos coercitivos como, por exemplo, a busca e apreensão e a busca pessoal. Assim, se por um lado lhe assiste o direito-dever de iniciar a ação penal, por outro lhe cabe também o ônus da prova, que, como é cediço, desdobra-se em colhê-la, levá-la a juízo e fazê-la resistir ao exercício do contraditório.

Logo, se a prescrição protege o réu, e o

ônus da prova recai sobre o Estado, conclui-se que a prescrição penal corre contra o interesse de quem tem o ônus da prova. Assim, o cumprimento leniente desse ônus não pode ser abonado pelo instituto.

Se o Estado ofereceu denúncia não suprida das provas suficientes para levar o réu sequer à pronúncia, não deveria tê-la oferecido. Faltando prova essencial, o Estado consentiu com o risco de perder a faculdade de provocar a interrupção da prescrição na forma do art. 117, I, CP. Não deveria ter o Estado atuado precipitadamente, mas resguardado o exercício dessa faculdade para o evento de possuir um arcabouço probatório consistente, capaz ao menos de levar o réu ao tribunal do júri.

É de se observar, por sinal, que denúncia não provida de sólidos alicerces empíricos dá origem a ação penal sem justa causa⁽⁴⁾. Tal evento configura “*injunta situação de coação processual*”⁽⁵⁾, que não deve ser senão sancionada, ao invés de premiada, pelo Direito.

Além disso, cumpre analisar a questão à luz das teorias que, segundo René Ariel Dotti⁽⁶⁾, concedem embasamento ao instituto da prescrição. Dessas, três são de caráter subjetivista (teorias da readaptação social, da expiação moral e do esquecimento) e duas de caráter objetivista (teorias da prova e da analogia civilística). Importam-nos aqui particularmente estas últimas.

Com relação à teoria da prova, segundo a qual “*com a perda de substância da prova, desaparece a possibilidade de uma sentença justa*”⁽⁷⁾, cabe ressaltar que a prova nova, de que trata o artigo 414, parágrafo único, do CPP, está, neste caso, temporalmente distante do fato, de forma que sua força probante encontra-se necessariamente combatida. Defender sua válida utilização apenas porque ainda não verificada a extinção da punibilidade pelo

A que interesses visa o instituto da prescrição proteger? Sem dúvida, em primeiro lugar, ao da sociedade. É a segurança jurídica que está em evidência. É finalidade da prescrição evitar que situações jurídicas sejam afetadas por incerteza perene.

completo transcurso do prazo prescricional pode, embora não necessariamente, equivaler a excessivo apego à forma.

E, tendo em perspectiva a teoria da analogia civilística, que procura assemelhar a prescrição penal à “*aquisição de um direito à impunidade*”⁽⁸⁾, é conveniente notar que o Código Civil de 2002 traz regra expressa, em seu artigo 202, *caput*, no sentido de que (naquela seara, em qualquer hipótese) a interrupção da prescrição ocorre uma única vez. Reserva essa, a nosso ver, consentânea com a teleologia do instituto e que, transportada para a seara penal por analogia *in bonam partem* (limitadamente, apenas no que diz respeito à interrupção por ato processual de idêntica natureza e descartado o caso de nulidade – chamemo-lo de ato repetitivo), basta para resolver o problema em questão.

Convém ressaltar que, depois de recebida e processada a nova denúncia, há a possibilidade de a prescrição ser interrompida se o réu for pronunciado (artigo 117, II, do CP). Nesse caso, admitir que a sentença de pronúncia não tivesse o condão, ao contrário do recebimento da nova denúncia, de in-

terromper a fluência do prazo prescricional seria reduzir a nada a utilidade do provimento jurisdicional. A pronúncia, sim, haveria de ser ato inédito nessa relação jurídica, assim como os demais atos decisórios dela consequentes.

NOTAS

- (1) A questão foi proposta pela acadêmica **Nathália Molon Moraes Dias**, a quem o autor agradece.
- (2) Ressalte-se que não se trata de aditamento, mas de denúncia propriamente nova.
- (3) *HC 10449/SP*, rel. min. **José Arnaldo da Fonseca**, *DJ 20/03/2000*; *HC 35545/SP*, rel. min. **Gilson Dipp**, *DJ 08/08/2005*.
- (4) V., p.ex., **Maria Thereza Rocha de Assis MOURA**, *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: RT, 2001, p. 241; **Alberto Silva FRANCO** et. al., *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, Vol. II, p. 339.
- (5) STF, Inq. 1.978/PR, rel. min. **Celso de Mello**, *DJe 16.8.2007*.
- (6) *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 680.
- (7) *Op cit., loc. cit.*
- (8) *Op cit., loc. cit.*

Leandro Tripodi

Acadêmico da Faculdade de Direito da USP.
Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil.

PARTICIPE POR ACREDITAR

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: 11/11/2009 (QUARTA-FEIRA) “O VÍNCULO FAMILIAR E O SISTEMA PRISIONAL - O PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO”

Expositores: Dora Martins e Juliana Novaes Mancuso

Data: 11/11/2009 (quarta-feira)

Horário: Das 09h00 às 12h00

09h00: Exibição do documentário “Dias Contados” de Claudia Garcia (40 min. de duração)

10h00: Início da exposição

Local: Auditório do IBCCRIM - Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar - Centro - São Paulo - SP

Inscrições: Gratuitas, no Portal www.ibccrim.org.br, por e-mail mesas@ibccrim.org.br ou por telefone (11 - 3105 4607, ramal 156).

Participe on-line: ltv.netpoint.com.br/ibccrim

V SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE BROTAS - BROTAS / SP

Realização: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM e Ordem dos Advogados do Brasil - OAB - Seção de São Paulo - 206ª Subseção de Dois Córregos - Subsele de Brotas

Apoio de Divulgação: Departamento de Cultura e Eventos da OAB - SP

Data: 27 e 28 de novembro de 2009 (sexta-feira e sábado)

Local: Sindicato Rural de Brotas - Rua Américo Piva, 180 - Chapada dos Guimarães - Brotas / SP

Inscrições/Informações: (14) 3653-9800, angelicalalasta@mmol.com.br

Participe on-line: ltv.netpoint.com.br/ibccrim

Valor da inscrição: profissional: R\$ 20,00 e estudante de graduação: R\$ 10,00 (O valor das inscrições será revertido para APAE de Brotas - SP)

Programação:

27/11 - 19h00 - Abertura: **Sérgio Mazina Martins**

27/11 - 19h15 - **Ana Elisa Bechara** - “Direitos Humanos e Direito Penal”

27/11 - 20h30 - **Maurício Zanoide de Moraes** - “Investigação Criminal e os Direitos Fundamentais”

28/11 - 09h00 - **Luis Fernando Niño** - “A Capacidade Progressiva das Crianças e a Responsabilidade Penal”

28/11 - 10h20 - **Claudia Maria Cruz Santos** - “Justiça Restaurativa Face à Realidade Criminal Brasileira”

ACESSE WWW.TWITTER.COM/IBCCRIM, CADASTRE-SE E SIGA O
IBCCRIM NO TWITTER PARA FICAR POR DENTRO DAS NOVIDADES!



Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ DISTRITO FEDERAL

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

■ MATO GROSSO DO SUL

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

■ MINAS GERAIS

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

■ PARÁ

- Defensoria Pública do Estado do Pará

■ PARANÁ

- Associação dos Delegados de Polícia do Estado do Paraná

■ RIO GRANDE DO SUL

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

■ SÃO PAULO

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

OBRAS FUNDAMENTAIS PARA SUA CARREIRA

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Lançamento

DIREITO PENAL DO AMBIENTE
 Luiz Regis Prado
 380 páginas
 2ª Edição

INTRODUÇÃO À CRIMINOLOGIA
 Alfonso Serrano Maillo
 368 páginas

Comentários ao CÓDIGO PENAL
 Luiz Regis Prado
 1054 páginas
 4ª Edição

DIREITO PENAL PARTE ESPECIAL Arts. 121 a 198
 Luiz Regis Prado
 144 páginas
 2ª Edição

DIREITO PENAL PARTE ESPECIAL Arts. 197 a 288
 Luiz Regis Prado
 128 páginas
 2ª Edição

Lançamento

DIREITO PENAL PARTE ESPECIAL Arts. 288 a 358-II
 Luiz Regis Prado
 144 páginas
 2ª Edição

Lançamento

LEIS PENAS ESPECIAIS Parte I
 Luiz Regis Prado
 238 páginas

Lançamento

LEIS PENAS ESPECIAIS Parte II
 Luiz Regis Prado
 278 páginas

Lançamento

O CONTROLE JURISDICIONAL DA CONVENCIONALIDADE DAS LEIS
 Valerio de Oliveira Mazzuoli
 138 páginas

Lançamento

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA e outras exclusões de tipicidade
 Luiz Flávio Gomes
 204 páginas

AS TEORIAS DA CONDUITA EM DIREITO PENAL
 Fábio André Guaragni
 368 páginas
 2ª Edição

LEI DE DROGAS COMENTADA
 Coord. Luiz Flávio Gomes
 384 páginas
 3ª Edição

ESCRITOS JURÍDICO-PENAS
 José Henrique Pierangeli
 400 páginas
 3ª Edição

Lançamento

Manual de DIREITO PENAL BRASILEIRO V. 1 Parte Geral
 Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli
 766 páginas
 8ª Edição

DIGNIDADE SEXUAL
 Evandro Fabiani Capano
 106 páginas

WWW.RT.COM.BR

www.twitter.com/editoraRT

EDITORA RT
REVISTA DOS TRIBUNAIS