

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

IMPrensa E CENSURA PRÉVIA JUDICIAL

A censura judicial não é melhor nem pior que a censura exercida nos regimes políticos autoritários por agentes do Executivo. Não há “boas intenções” capazes de justificar a censura prévia. O juiz censor ou o policial censor ou o militar censor são essencialmente iguais e perniciosos.

O despacho que impediu o jornal *O Estado de S. Paulo* de publicar informações sobre a investigação da Polícia Federal a respeito de suposta atividade ilícita do filho do atual presidente do Senado, **José Sarney**, é mais um episódio de truculência que ofende o regime democrático.

Não se trata de caso isolado: a Associação Nacional de Jornais (ANJ) registra pelo menos 16 decisões judiciais semelhantes nos últimos tempos. E a existência ou não de ligação familiar entre o magistrado e a família **Sarney**, no caso concreto, não é o ponto mais importante da controvérsia.

A Constituição é clara ao estabelecer que a liberdade de expressão (manifestação do pensamento, criação artística e informação jornalística) não sofrerá qualquer tipo de restrição, inclusive de ordem legislativa. É clara quando afirma ser livre a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Nesse contexto, o conflito entre direitos da personalidade e liberdade de imprensa, absolutamente comum em qualquer país democraticamente organizado, deve ser solucionado *a posteriori* – cada um responde, no âmbito criminal ou civil, pelos abusos que cometer.

Não foi por outro motivo que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a vigência da Lei de Imprensa, editada durante o regime militar. Mas, como se pode observar por acontecimentos cada vez mais corriqueiros, a legislação revogada, do ponto de vista objetivo, oferecia menos risco à plenitude da liberdade de imprensa do que o Código Civil, editado em 2002.

Com efeito, veículos de comunicação social são capazes sim de efetuar prejulgamentos, de ferir a honra, a intimidade e a vida privada de pessoas submetidas a investigações criminais. Mas a solução para este problema não está no

controle prévio do que pode ou não ser publicado por jornais ou emissoras de rádio e TV.

A Constituição assegura o direito de resposta e a reparação do dano moral ou material decorrente da violação dos direitos da personalidade. A legislação penal prevê a punição dos crimes contra a honra e da violação de sigilo legalmente estabelecido. O que se deve exigir, portanto, é a resposta eficaz do Poder Judiciário para abusos efetivamente cometidos, e não esta inversão de valores praticada por juízes e tribunais.

No Brasil, por exemplo, autoridades responsáveis por investigações costumam “vazar” informações protegidas pelo sigilo, mas, invariavelmente, permanecem impunes... É neste aspecto que reside a fragilidade do equilíbrio constitucional. Por outro lado, o próprio sigilo pode existir, em tese, para o auxílio de malfetores quando deveria prevalecer a transparência e o interesse público.

Do ponto de vista político, qualquer ato de censura prévia – como é o caso de proibição de notícias sobre os rumos de determinada investigação – formam um manto de suspeita que compromete a própria imagem do Poder Judiciário. Sobre tudo quando é adotado para proteger a esfera de interesses de homens públicos.

Não estamos só diante de um direito do veículo de comunicação social de exercer livremente seu papel. A população tem o direito de ser informada sobre os atos dos seus governantes ou familiares e sobre a atuação das autoridades responsáveis pela investigação. A população tem o direito de ser informada sobre o eventual delito atribuído a uma “celebridade” e sobre a lisura da investigação contra ela instaurada. Faz parte da regra do jogo.

A informação jornalística tem caráter dinâmico. Não pode esperar pelo trânsito em julgado de decisões judiciais. Os erros da imprensa praticados contra inocentes não justificam o abuso de poder que caracteriza a censura prévia.

Uma frase de **Thomas Jefferson** sintetiza com precisão as virtudes e os defeitos da imprensa: “*Se me fosse dado decidir se devemos ter um governo sem jornais, ou jornais sem um governo, não hesitaria um momento em preferir a última*”.

Nesse contexto, o conflito entre direitos da personalidade e liberdade de imprensa, absolutamente comum em qualquer país democraticamente organizado, deve se solucionar *a posteriori* – cada um responde, no âmbito criminal ou civil, pelos abusos que cometer.

EDITORIAL:

- IMPrensa E CENSURA PRÉVIA JUDICIAL 1
- A DELAÇÃO PREMIADA PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS DEMAIS COAUTORES OU PARTÍCIPES: ALGUMAS REFLEXÕES À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL 2
Heloisa Estellita
- ALGUMAS (RE)DESCRIÇÕES SOBRE A VERDADE NO PROCESSO PENAL* 4
Augusto Jobim do Amaral
- RESENHA: JUSTIÇA RESTAURATIVA E A CONTRIBUIÇÃO PARA O BRASIL: VALORES E PRÁTICAS 6
Camila Akemi Perruso
- RECEBIMENTO E REJEIÇÃO DA DENÚNCIA, E ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA 7
Márcio Bártoli
- ESTUPRO BILATERAL: UM EXEMPLO LIMITE 8
Alamiro Velludo Salvador Netto
- NOVA TENTATIVA DE SUPRESSÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL: A PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DO DEVER DE DIZER A VERDADE AO ACUSADO SOB PENA DE COMETER PERJÚRIO .. 9
Maria Elizabeth Queijo
- REGRESSÃO NOVA, VELHA BARBÁRIE 11
Laurindo Dias Minhoto
- INSIGNIFICÂNCIA: UM PRINCÍPIO NADA INSIGNIFICANTE 12
Élcio Arruda
- A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA ENTRE O JULGAR E O FAZER DE CONTA 14
Fábio Ataíde
- REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS: A NOVA RAINHA DAS PROVAS? 15
André Boiani e Azevedo e Eric Ribeiro Piccelli
- A QUESTÃO DA RETROATIVIDADE DAS CIRCULARES DO BANCO CENTRAL NO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS 16
Gauthama Fornaciari de Paula
- UMA QUESTÃO PENITENCIÁRIA 17
Eduardo Luiz Santos Cabette
- COM A PALAVRA, O ESTUDANTE: POSSIBILIDADE DO LITISCONSORTE PASSIVO DE FORMULAR PERGUNTAS AO CORRÊU 18
Vitor Eduardo Tavares de Oliveira

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NA JUSTIÇA MILITAR 1297

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1299
- Superior Tribunal de Justiça 1299
- Tribunais Regionais Federais 1300
- Tribunais de Justiça 1302

A DELAÇÃO PREMIADA PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS DEMAIS COAUTORES OU PARTÍCIPES: ALGUMAS REFLEXÕES À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Heloisa Estellita

A DELAÇÃO PREMIADA PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS DEMAIS COAUTORES OU PARTÍCIPES: ALGUMAS REFLEXÕES...

O tema da delação premiada desafia diversos questionamentos: desde sua conveniência político-criminal, passando por sua apreciação sob o ponto de vista da quebra da ética ínsita ao proceder dentro de um Estado Democrático de Direito, ou pelas questões relativas ao seu valor probatório⁽¹⁾, até sua natureza jurídico-penal, sua função processual penal e as implicações daí decorrentes para o postulado do devido processo legal em nosso direito positivo. Nesta oportunidade, passaremos os olhos por estes três últimos aspectos quanto à delação que tem por objeto a identificação dos demais coautores ou partícipes⁽²⁾.

Todos os dispositivos legais em vigor em nossa legislação definem a delação premiada como *causa de diminuição da pena ou de extinção da punibilidade pelo perdão judicial* e têm, assim, natureza material.

Assim, o artigo 6º da Lei n. 9.034/95; o artigo 25, § 2º, da Lei n. 7.492/86; o artigo 16, parágrafo único, da Lei n. 8.137/90; o artigo 1º, § 5º, da Lei n. 9.613/98; o artigo 41 da Lei n. 11.343/06, e, finalmente, os artigos 13 e 14 da Lei n. 9.807/99, que cuidam dos “réus colaboradores”, prescrevendo, no que nos interessa, que o juiz poderá conceder *perdão judicial* ao acusado primário que tenha colaborado efetiva e voluntariamente para a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa (art. 13, inciso I); ou *reduzir*, de um a dois terços, a pena do “indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime” (artigo 14, primeira figura).

Daí afirmar, em trabalho digno de nota, que “a delação premiada consagrada na legislação brasileira configura instituto de direito material a partir do qual, preenchidos determinados requisitos previstos em lei, poderá o imputado ser beneficiado pela autoridade judicial com redução de pena ou perdão judicial”⁽³⁾.

Sendo *causa de diminuição da pena* ou de *perdão judicial*, sua aplicação está condicionada lógica e cronologicamente a um *prévio juízo condenatório*. Isto é, o magistrado deve se convencer da prática do crime pelo acusado-delator e só então, constatado o preenchimento dos requisitos legais, aplicar o perdão judicial ou a causa de diminuição da pena, na segunda etapa da dosimetria. Assim, por sua própria natureza jurídica, a delação premiada impede que se celebre qualquer “pacto” antecipando a aplicação dos benefícios.

Implica, ainda, na impossibilidade de

se oferecer imunidade processual ao delator, coautor ou partícipe nos fatos. “*Em virtude da regra da obrigatoriedade da ação penal*”, ensina, “*não existe, ao contrário dos ordenamentos jurídicos da common law, benefício processual para estimular a colaboração de imputado como, por exemplo, as imunidades e os non-prosecution agreements*”. Todavia, observamos com ela, “*tem sido freqüente a realização de acordos ‘informais’ entre acusação e defesa no Brasil*”⁽⁴⁾.

Concorde-se ou não, fato é que não há, em nosso país, autorização legal para a “*celebração de acordo entre acusação e indiciado/acusado*” e muito menos que venha a ser “*homologado pelo juiz competente para julgar a ação penal*”, ou mesmo para a celebração de “*acordo entre juiz e indiciado/acusado*”.

O que existiu por curto período de tempo (até a revogação completa da Lei n. 10.409/02 pela Lei n. 11.343/2006) foi a possibilidade de um acordo entre o indiciado e o Ministério Público para o sobrestamento do processo ou a redução da pena quando a colaboração espontânea revelasse a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de seus integrantes, a apreensão da substância ilícita ou de seu produto ou, de qualquer forma, contribuísse para os interesses da Justiça (art. 32, § 2º, Lei n. 10.409/02). Caso a colaboração se desse após o recebimento da denúncia, o magistrado, por proposta do Ministério Público, poderia reduzir a pena ou deixar de aplicá-la (perdão judicial) (art. 32, § 3º, do mesmo diploma legal).

Ocorre que tal disciplina legal foi *expressamente revogada* pela Lei n. 11.343/06, que não renovou a previsão⁽⁵⁾. Assim, é lícito dizer que vigem íntegras, em nosso direito positivo, as regras da *obrigatoriedade e indisponibilidade* da ação penal pelo Ministério Público. Note-se, em acréscimo, que sequer a revogada disciplina legal dispunha sobre a participação do juiz no referido acordo, muito menos previa sua oponibilidade a ele.

Não obstante, uma parte dos autores nacionais que se debruçaram sobre o tema, admite a possibilidade de celebração do referido *acordo*. Nessa linha, por exemplo, entende-se, em apertada síntese, que apesar da vigência dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, não haveria dispositivo legal impedindo o Ministério Público de negociar com o investigado/acusado e sua defesa ou, então, que haveria um amplo espectro normativo

autorizador da delação, inclusive com a participação do magistrado na celebração do acordo⁽⁶⁾.

Assim não nos parece. Ao contrário, no estágio atual de nosso direito positivo, a celebração de qualquer acordo entre acusação e indiciado/imputado ou entre juiz e indiciado/imputado é ilegal. Quer sob o ponto de vista de “*negociação*” da aplicação da redução da pena ou do perdão judicial, quer sob o ponto de vista da concessão de benefícios processuais: nosso direito positivo “*não prevê a concessão de benefícios de caráter processual ao imputado colaborador; isto é: os benefícios se restringem à redução da pena, concedida pelo magistrado ao final da persecução penal*”⁽⁷⁾. Por isso, em virtude da regra da *obrigatoriedade da ação penal*, os acordos “informais” celebrados entre acusação e defesa, no Brasil, homologados ou não pelo juiz, são ilegais⁽⁸⁾.

Estabelecida a natureza jurídica de direito material da delação premiada em nosso direito positivo (*causa de diminuição da pena ou de concessão de perdão judicial*), dela decorre logicamente que somente pode ser aplicada na *sentença condenatória* como momento final de um *devido processo legal*, após exauriente análise probatória; porque, como advertem

, “o ‘delator’ pode, como em qualquer outro processo, ser absolvido ao final da instrução (CPP, art. 386), bem como ser beneficiado pela prescrição da ação penal, o que a ele certamente será mais benéfico. Sem prejuízo, as informações fornecidas podem ser consideradas insuficientes e danosas para o desmantelamento da organização criminosa, o que impedirá o reconhecimento do instituto”⁽⁹⁾. Devido ao valor relativo da confissão, observa

⁽¹⁰⁾, o delator pode até mesmo vir a ser absolvido, do que decorre a necessidade de que entre a confissão/delação e a aplicação da causa de diminuição da pena ou do perdão judicial, no bojo do juízo condenatório, de desenvolva o *devido processo legal*.

Assim, afora a ínsita ilegalidade da celebração de acordo entre indiciado/acusado e Ministério Público e sua homologação pelo juiz, a *natureza jurídica* da delação premiada impede que se possa falar em *acordo* antecipando sua aplicação. De um lado porque não incumbindo ao Ministério Público proferir sentença, não pode (ou não deve) prometer algo que não pode cumprir; de outro porque, acaso o acordo seja “homologado” pelo magistra-

do, tal proceder implica *duplo julgamento antecipado do mérito da ação penal*: a) o juízo de condenação; b) o juízo acerca da presença dos requisitos legais para a aplicação da causa de diminuição da penal.

Caso o objeto da delação seja a “*identificação dos demais co-autores ou partícipes*”⁽¹¹⁾, esse julgamento antecipado do mérito da ação penal efetuado na celebração do “acordo” *priva* delator e delatado de garantias básicas decorrentes do *devido processo legal*: de um lado, priva o acusado delator de qualquer possibilidade de um julgamento justo, porque o seu julgador já se “comprometeu” a condená-lo; e, de outro, tira dos delatados a mesma possibilidade, pois já se proferiu um juízo antecipado de certeza sobre a “*identificação dos demais co-autores ou partícipes*”.

Isto porque no momento em que um magistrado “*homologa o acordo*”, está ele a afirmar (antecipadamente) sua convicção sobre a veracidade das informações fornecidas pelo delator sobre a “*identificação dos demais co-autores ou partícipes*”. Lembremos que o delator só fará jus à diminuição da pena ou ao perdão judicial quando o magistrado se convencer de que ele “*colaborou voluntariamente na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime*”; ou seja, é necessário que o magistrado esteja convencido de que as pessoas apontadas pelo delator efetivamente são coautores ou partícipes do crime perpetrado. Isto implica dizer que a “homologação” tira do magistrado aquela que deve ser sua qualidade elementar para o exercício da jurisdição: a imparcialidade. Ensina ser essencial ao sistema acusatório que o juiz esteja em uma “*posizione di assoluta neutralità psichica*”⁽¹²⁾, impossível quando “homologa” acordo de delação premiada.

Para situação muito menos comprometedoras do que a acima analisada, quando o juiz apenas colhe as declarações do imputado delator, observou que, ao fazê-lo, “*muitas vezes ficará o julgador ‘contaminado’ pelo teor daquelas alegações, perdendo a imparcialidade para realizar o julgamento do co-imputado delatado*”. Daí que, em seu entender, a solução seria “*tornar o juiz que colhe as declarações do imputado colaborador impedido de julgar a ação penal proposta contra o co-imputado delatado, a fim de se evitar qualquer interferência no estado anímico do julgador que irá presidir a ação penal a ser eventualmente proposta em face do terceiro incriminado*”⁽¹³⁾.

A homologação de acordo pelo magistrado implica em *dupla violação* aos cânones mais básicos do *due process of law*: de um lado retira-lhe a *imparcialidade objetiva* e, de outro, *impede o desenvolvimento contraditório do processo*.

Sob este último ângulo, se o princípio do contraditório visa garantir às partes que possam *colocar em dúvida a existência do fato*, a “homologação do acordo” pelo magistrado, que implica convencimento sobre a coautoria ou participação do delatado na prática do cri-

me, extirpa qualquer possibilidade de desenvolvimento contraditório do processo que trate de tal crime e de tal acusado delatado. Porque com a “homologação do acordo” e com seu eventual “cumprimento” na sentença do delator, torna-se impossível, ao delatado, “colocar em dúvida”, mediante atividade probatória, os fatos delatados (a coautoria ou participação no fato delituoso), já que foram antecipadamente considerados pelo magistrado como “verdadeiros”.

Não é de se estranhar – e é funcional a tal proceder – que se invoque, aqui e ali, o caráter “sigiloso” dos “acordos”, também sem respaldo legal, mas isto é tema para um novo escrito.

NOTAS

- (1) Sobre este tema há publicações recentes, v.g., **FERNANDES, Antonio Scaranze, ALMEIDA, José Raul Gavião de, MORAES, Maurício Zanóide de** (coord.). *Crime organizado: aspectos processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; **PEREIRA, Frederico Valdez**. Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 77, março-abril/2009, p. 175-201.
- (2) Em trabalho ulterior, de maior fôlego, pretendemos nos aprofundar um pouco mais nessas e em outras questões.
- (3) **LAUAND, Mariana de Souza Lima**. *O valor probatório da colaboração processual*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 63.
- (4) **LAUAND, Mariana de Souza Lima**. ob. cit., p. 63-64.
- (5) Aliás, a *revogação integral* da Lei 10.409/2002 pela Lei n. 11.343/2006 *sem a manutenção do “sistema”*, ou seja, extirpando de nosso direito positivo não só o referido “acordo” como também a disponibilidade sobre a ação penal pública, só faz evidenciar a *incompatibilidade* do instituto com os cânones do *due process of law* em um sistema jurídico baseado na legalidade do processo penal. Seja por isso, seja por razões de política criminal, fato é que atualmente nenhuma norma processual penal prevê o referido *acordo*.
- (6) **GRANZINOLI, Cassio M. M.** A delação premiada. In: *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. José Paulo BALTÁZAR JÚNIOR e MORO, Sérgio Fernando. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 157; **DE SANCTIS, Fausto Martins**. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millennium, 2008, p. 124 e ss.
- (7) **LAUAND, Mariana de Souza Lima**, ob. cit., p. 155-156.
- (8) **LAUAND, Mariana de Souza Lima**, ob. cit., p. 63-64.
- (9) **FONSECA, Tiago Dutra, FRANZINI, Milena de Oliveira**. Delação premiada: metástase política. *Boletim IBCCRIM*, n. 156, novembro de 2005, p. 9.
- (10) “Caso ao final da persecução penal não se tenha obtido prova suficiente para condenar o imputado colaborador – ou seja, não obstante tenha ele confessado, não se tenha conseguido provar materialidade e autoria – deve, em virtude do in dubio pro reo, ser decretada a absolvição, uma vez que a confissão não possui valor absoluto, devendo ser corroborada pelas demais provas do processo, nos termos do artigo 197, do Código de Processo Penal” (**LAUAND, Mariana de Souza Lima**, ob. cit., p. 98).
- (11) Porque a delação pode recair sobre a localização da vítima e/ou sobre a localização e recuperação do produto do crime.
- (12) **TONINI, Paolo**. *Manuale di procedura penale*. Quarta edizione, Milano: Giuffrè, 2002., p. 10.
- (13) **LAUAND, Mariana de Souza Lima**, ob. cit., p. 92-93, grifei.

Heloisa Estellita

Advogada. Doutora em Direito Penal pela USP



(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 Vito

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

ALGUMAS (RE)DESCRIÇÕES SOBRE A VERDADE NO PROCESSO PENAL*

Augusto Jobim do Amaral

Ao figurarmos em terreno de grande delicadeza e de enormes dimensões filosófico-jurídicas - desde já, assumidas as eventuais escusas por digressões apressadas ao se lidar com mastodontes filosóficos - arriscamos poder avançar mais na discussão sobre *verdade*, *prova* e *processo penal* do que considerar que há no processo penal uma (re)construção-cognição de um dado histórico (por óbvio, imperfeito e fractal) desde uma hipótese criminal acusatória. O processo penal - instrumento ínsito ao estado constitucional de garantia pública da inocência () - emerge como um manancial para o convencimento do magistrado, serve a um modo de elaboração de um estado psíquico que faça o juiz ao final aderir à prova limitadamente produzida. Resultado do princípio da necessidade, ligase onticamente ao trinômio delito-pena-processo (), permite um *diferimento* adequado à punição “certa” como obstáculo às pulsões de *evidência* contidas de imediato numa hipótese acusatória, na mesma medida em que se traduz num estado de pena *sui generis*.

O que representa, assim, alguma presença/construção de *verdade* na estrutura do processo penal? Vincular-se-ia esta estrutura necessariamente a um ideário inquisitivo? Poderemos escapar a *latere* de elaborações como *verdade real*, *verdade processual*, *certeza jurídica* ou outras grelhas substancialistas de igual valor? Se a decisão judicial precisa para se tornar válida também fundar-se em algo, ter seu lastro de fundamentação em alguma representação que chegue a nós com algum sentido de realidade desde um percurso probatório legítimo, pouco importará a esta dimensão termos isso por nome de *verdade* ou não. Fato é que sempre haverá um determinado manancial linguístico em jogo (retórico-probatório) - batize-se canonicamente do nome que se quiser - e que não restará (vazio) este lugar alijado do conhecimento processual - gostemos ou não disso. Com a mesma precisão, ingenuidade seria pensar que não há um certa *vontade de verdade* nisto tudo, todavia que não se fique refém desta situação, muito menos que, diante disto, estejamos automaticamente relegitimando uma nova idolatria pela *verdade* e sua colheita “tortuosa”.

Insufismável o artil substancialista inquisitório () que forjou a dita busca da *verdade real* como função primeva do processo penal. Quanto mais substancial e freneticamente buscada, custe o que custar, cheia de interesse inquisitorialmente público, pior para todos. Nobreza de pro-

pósitos de uma cultura inquisitorial total, absoluta, excessivamente posta sob a confusão do *real* com o *imaginário*, respaldada largamente pela doutrina finamente atualizada ().

Pulando para outro oásis, o da *verdade processual/formal*, por este viés, cientes da inalcançabilidade da *Verdade* “toda” pela parafernália jurídica, estaríamos predestinados ao menos a nos aproximar dela. “Verdade aproximativa”, limitada por variáveis do jogo democrático, amputada não apenas pelo que *sabemos*, mas pelo *podemos saber* ().

Neste ponto, mesmo assim, o processo penal não se desloca do “telos” ideal de todo substancialismo totalizador. Na mesma senda, aqueles que irão enveredar pelas *certezas jurídicas* ():

se a verdade está no todo, ele é demasiado para nós, ela apenas poderá ser *Uma* (o outro nome de Deus). Seguimos no mesmo de acordos essencialistas: *Ela* está lá, apenas para nós inapreensível. Se o problema é a *verdade*, vamos adiante e afirmemos que o problema é o *trauma* que sua *inflação* valorativa acarreta, melhor, as propriedades que ela desencadeia nesta posição central hipertrofiada.

Certo que o processo penal não deve se orientar para a busca, pela determinação da *verdade*, mas que existem elementos trazidos *com força* de produzir uma realidade, senão ao futuro ao menos, não há como negar. Frisando o processo penal como dispositivo de garantias, isto não permite esquecer que se resolve algo ali com poder verdadeiramente de acarretar uma condenação judicial. Não que deva haver um nexo instrumental necessário entre *prova* e *verdade dos fatos*, poderá haver ou não indiferentemente. Dizer de outra parte, peremptoriamente, que *nunca há relação* é marcar, por natural, um absolutismo às avessas, e dotar a resposta num patamar superior de uma nova *verdade*, capaz de respaldar e servir de suposto novo parâmetro.

Será que esta *premência* (medo, quiçá) de deixar órfão o processo penal da noção de *verdade da prova* não se dá pelo tamanho acoplamento ao puritano essencialismo metafísico que ela tem sido vista? É perverso assumir o processo penal como um instrumento idôneo para alcançar a *verdade* - em

conta a obrigatoriedade de lastro probatório mínimo de condenação oriunda do contraditório () e não se perdendo que ele é cortado pelo *simbólico* - da mesma forma, mesmo a *verdade* não sendo um elemento fundante do processo penal, “presente” ela está de alguma forma ao menos “com força de” verdade. Estamos neste viés a lidar com planos materiais em que a decisão

judicial vai trabalhar com a força persuasiva da prova (retórica probatória) elegendo significados, recortando-se significantes válidos ().

quase que artesanalmente no contexto ritual.

Juiz não se depara em algum momento tal como um historiador, nem pelo fato de que estão ambos a organizar, filtrar e determinar

dados - atividade que qualquer vivente o faz desde sempre na sua existência. Não o é porque fundamentalmente se o fosse estaria próximo de posições *esquizoparanóicas* () de comprovação de estados mentais condizentes à tese acusatória. Para além da delimitação da *pretensão acusatória* (), há regras de legalidade (retórica, sim, e inundada pela linguagem) que, por mais flexíveis, restringem o seu arco num universo muito mais limitado que a tarefa ampla do historiador.

Aceitar a *verdade* como um *mito* no processo penal, o que há de problema nisto? O impasse não estará em saber o que isto significa enquanto dimensão constitutiva do mundo e possibilitadora de toda uma rede de crenças e ações que normalmente nos movimentamos? Não esqueçamos que o próprio *mito*, um traço presente da ausência (), mas que *funda*, é o que permite a própria linguagem de ser e o próprio desencadear de seus significantes ()⁽¹⁾.

Se a sentença penal assume uma relação íntima com um ato de convencimento psicológico do juiz (), não poderá se aduzir daí que nela transpareça um reflexo direto de *ato de crença* (). Apresentará, mas só em algum grau, uma inegável dose elementar de *crença* no seu ato, sim, no instante da decisão em que o magistrado deixa de aderir à prova. Mas há a *prova* com todo seu vigor em primazia, dotada da função de constranger, via processo penal, a *evidência* - de maneira per-

Pouco avançaremos se, depois de corretamente não fundarmos a busca pela verdade no processo penal como sua função primeva, deixarmos aos desvarios do poder punitivo alguma verdade que nele se produza para (i)legitimamente resguardar a decisão judicial.

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):

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

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):

Ricardo Guinalz

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Andre Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília Tripodi, Eduardo Augusto Paglione e Renato Stanzola Vieira

“A relação completa dos colaboradores do *Boletim do IBCCRIM* encontra-se em nosso site.”**DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:**

Ameruso Artes Gráficas

Tel./Fax (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

IMPRESSÃO: 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	

suasiva contra a *performance* desta – que constitui a acusação nos casos criminais ().

). Apenas se poderia auferir a sentença como um mero *ato de crença*, somente em alguma dimensão, no momento em que o juiz abandona a “verdade da prova” e adere ao assentimento necessário ao decidir (). Se, na valoração da *prova*, a variável da *crença* é constitutiva, não podemos nos equivocar em colocá-la em par de equivalência com a sentença. Daí outro universo completamente diferente se descortina e de devido tratamento em momento adequado.

Pouco avançaremos se, depois de corretamente não fundarmos a busca pela *verdade* no processo penal como sua função primeva, deixarmos aos desvarios do *poder punitivo* alguma *verdade* que nele se produza para (i) legitimamente resguardar a decisão judicial. Estamos de acordo, obviamente, ao argumento que percebe a legitimidade da decisão judicial e do próprio processo penal em si na observância estrita do devido processo legal e não na busca desenfreada por algum excesso de verdade, mas o salto efetivo – de forma incipiente nestas poucas linhas – pode se dar quando alinharmos alguma alternativa no caminho da *deflação da verdade* (). Negá-la por certo não é o trato que melhor lhe responde: não há verdade, dirá o cético absoluto, reconduzindo o seu *absoluto* em outros termos, retomando sua verdadeira essência.

Em algum grau, nas acepções de verdade no processo penal em voga, o quadro invariavelmente é posto desde um horizonte de *verdades essenciais*, substanciais de conteúdo último, seja absoluta ou aproximativa, presente ou contingencial. Pouco faz questão aos *objetivos* a que ela deve se prestar. Aceitando-se a possibilidade de se construir melhores versões para um processo penal, arriscaríamos propor uma virada na direção de produção da verdade em que a linguagem toma papel central⁽²⁾.

Descartemos o ceticismo e seu correlato *fundacionismo*. Falemos em *jogos de linguagem* () que nada apontam para um verdade ou uma natureza das coisas. Isto nos ajudaria a ver quais os propósitos que temos ao falar de verdade no processo penal. A verdade, modestamente, não pode ser estabelecida como uma pura relação de discurso com o mundo, representação, mas consolidada desde alguma forma específica de apreendê-lo. Linguagem não como mera representação e muito menos dotada de ontologia. No valor concedido à linguagem, as palavras não vestem o que existe, não carrega em si as coisas, o verdadeiro não é descrição ou *espelho do mundo* (). O conhecimento, prenhe daquilo que pode contribuir a in-

tervir na realidade e conduzir nossas ações, produz *crenças* – que não implica correspondência com a realidade – mas que pode ser a melhor maneira de *atingir os objetivos que nos propomos*. Neste panorama, analogamente, não podemos deixar de afirmar um *antiessencialismo*, onde não há razão para falar em essências e sim *descrições*, que salientam sempre um aspecto de uma coisa de acordo com seus *propósitos*. *Redescrevendo o familiar em termos não familiares* abrimos o espaço para atuarmos de acordo com nossos propósitos: o resguardo da *democracia substancial* ().

Restará outro horizonte enorme ao invés do adolescente “amar, brigar, separar e reconciliar” com a *verdade*. Tomada uma postura madura que reponha o jogo desde um viés não metafísico, pode-se colocar em questão para que serve a verdade neste local que é o processo penal. Indagar-se se as *descrições de verdade* que dispomos no processo penal são adequadas para atender os fins constitucionais em tela (resguardo máximo das garantias fundamentais do acusado posto hipossuficientemente na estrutura processual penal). Se pretendemos investir positivamente neste sentido, então, nada temos a temer e sim tê-la como aliada nesta constante redefinição de universos de sentido. Do oposto, enfim, será válido deixarmos “ao vazio” o “posto da verdade” para o preenchimento pelos reacionários de plantão, sedentos pela palavra de ordem do déspota, ou devemos mergulhar no debate democrático, não por seu conteúdo metafísico (substancialista), mas nos perguntando – alheios a sua correlação estrita com a realidade – a qual propósito nos dispomos a vê-la funcionar?

NOTAS

* O presente trabalho é parte da exposição apresentada em Encontro do CEIS20 (Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX) da Universidade de Coimbra, em janeiro de 2009, por isso a opção de retratá-lo em sua oralidade, fazendo-se apenas referência às fontes entre parênteses.

- (1) Em nada se está a falar da *verdade* como revelação sagrada ou algo próximo, muito pelo contrário, esta tentativa inicial de diálogo vai em outro sentido, afeiçoando-se à *liberdade ética* (Timm de Souza) em desfavor do excesso ontológico do poder punitivo (Zaffaroni).
- (2) Noutro local, poderemos aproximar esta noção do abandono de uma pura *epistemologia*, atenta à insuficiência da *ontologia* e aberta ao primado da *ética da alteridade* (Levinas). No momento, nosso espaço e fôlego são incompetentes para isto.

Augusto Jobim do Amaral

Advogado. Especialista e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS); Doutorando em Altos Estudos Contemporâneos (COIMBRA). Professor de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia da ULBRA e da ESADE

JUSTIÇA RESTAURATIVA E A CONTRIBUIÇÃO PARA O BRASIL: VALORES E PRÁTICAS*

Camila Akemi Perruso

O trabalho vencedor do 13º Concurso de monografias do IBCCRIM, intitulado “Justiça Restaurativa: da teoria à prática”, de autoria de

, fruto da dissertação de mestrado defendida na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 2008, apresenta o ineditismo da questão no debate acadêmico brasileiro e revela a premência da continuidade de sua investigação, dado o aumento expressivo de práticas de justiça restaurativa no País.

A monografia analisa a construção teórica acerca da justiça restaurativa, cotejando seus princípios com o sistema penal tradicional, articulando aquela referência com algumas experiências em face de determinados crimes ou atos infracionais.

Com quatro capítulos, os dois primeiros da monografia versam acerca da construção teórica da justiça restaurativa e das críticas empreendidas contra ela, somada aos princípios estabelecidos pela comunidade internacional para seu estabelecimento. O terceiro capítulo refere-se à apresentação de algumas experiências de aplicação do modelo, e o quarto à análise do projeto de lei, a partir da revisão teórica feita nos capítulos iniciais.

Considerando como antecedentes da justiça restaurativa o abolicionismo e a vitimologia, no primeiro capítulo a autora cuidadosamente analisa a construção do conceito, elencando valores norteadores desse tipo de solução de conflito, embora discuta propriamente com os autores- referência as dificuldades de fechar o conceito. No segundo capítulo, a autora traça um paralelo relativo aos modelos de lidar com a agressão, propostos pelo direito penal, direito reabilitador e direito restaurador. Ademais, apresenta a interface entre os sistemas de justiça criminal e restaurativa, a despeito das críticas de impossibilidade de coexistência dos dois modelos. Por fim, descreve os parâmetros propostos pela Organização das Nações Unidas para implementação do modelo.

No terceiro capítulo a autora apresenta tentativas de incorporação de algumas práticas de justiça restaurativa durante os procedimentos do sistema tradicional de justiça, pautado no modelo retributivo. Estratégias como mediação entre vítima e agressor, conferências de família e círculos restaurativos, acompanhadas das experiências mais importantes de estabelecimento dessas alternativas de solução de conflitos, são trabalhadas.

No último capítulo a autora comenta o projeto de lei que pretende regulamentar a

implementação da justiça restaurativa no Brasil. Para tanto, observa a conjuntura do País, tais quais o acesso à justiça, e o eventual aumento de controle penal, caso as práticas procedimentais não sejam adequadamente implementadas.

Dessa maneira, identifica inconsistências no projeto, que limitam as tantas possibilidades de justiça restaurativa, conceito bastante flexível, de serem incorporadas às práticas de resolução de conflitos. Por fim, considera que o debate continue sendo realizado, com o objetivo de consolidar e desenvolver cada vez mais as boas práticas relativas à incorporação da justiça restaurativa como valor mais democrático nas opções político-criminais.

No mesmo sentido da pesquisa desenvolvida na monografia,

⁽¹⁾ aponta que os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa consistem na possibilidade de um acerto horizontal e pluralista do justo que nasce no caso concreto do conflito. Ademais, a intenção desse tipo de justiça volta-se à elaboração da relação, na potência que pode ter de positivo e transformador, e não à resposta do Estado ao conflito, que sentencia e silencia. Além disso, considera a singularidade daquela relação, e, portanto, dos princípios que a norteiam.

Dessa maneira, um valor motriz da justiça restaurativa consiste na possibilidade de efetivação do poder – na acepção arendtiana⁽²⁾ –, e depende da indissociabilidade entre palavra e ato. As palavras têm fundamento e os atos não são brutais, ambos servem para estabelecer as relações, apostando no desenvolvimento dos princípios da cultura de paz, quando as pessoas envolvidas em um conflito são chamadas a compreenderem o que aconteceu entre elas, as razões, e cada uma tendo que assumir sua responsabilidade pelo acontecido. Como da política emanada do poder de ação conjunta nasce o imprevisível, de acordo com

⁽³⁾, a crença na possibilidade de aumento da potência humana nesse encontro mediado pode revelar muitas outras percepções acerca das relações sociais. É uma chance de exercício da igualdade que se pauta no respeito à pluralidade humana, e um investimento na capacidade que as pes-

soas têm de lidarem com suas próprias vidas, conflitos, afetos e paixões.

A perspectiva então, favorecida pela justiça restaurativa, é da chance de se estabelecerem relações menos dicotômicas, em que um assume o papel do certo e outro do errado, ou de agressor e vítima, conforme estabelecido pelo direito penal, evidenciando que há muito mais nuances na complexidade das relações interpessoais, do que pode a norma penal supor e propor. Como o direito penal regula a vida em sociedade por meio da proibição e da punição,

inevitavelmente acaba desconsiderando todas as sutilezas dos seres humanos em relação uns aos outros e ao mundo.

A monografia vencedora do concurso aponta uma necessidade essencial de qualificar o debate relativo ao sistema de justiça penal estabelecido, na medida em que faz uma análise extremamente consistente de outro modelo de justiça criminal, encontrando-se plenamente à ideologia do , que desde sua fundação constitui campo comprometido com a proposta de formas mais justas de resolução de conflitos penais.

NOTAS

* Resenha da monografia vencedora do 13º Concurso de monografias do IBCCRIM

- (1) **MELO, Eduardo Rezende.** Justiça Restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: **Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm** (Orgs). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA
- (2) Cf. **ARENDT, Hannah.** *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995; *O que é política?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. Pode-se compreender o conceito de poder para a autora, que é baseado na ação conjunta entre as pessoas, a partir dessa reflexão acerca da justiça restaurativa na capacidade que têm de juntas chegarem a uma melhor solução ao conflito.
- (3) *Idem, Ibidem.*

Camila Akemi Perruso

Mestranda em Direito Internacional pela USP;
Coordenadora do Departamento de
Iniciação Científica do IBCCRIM

RECEBIMENTO E REJEIÇÃO DA DENÚNCIA, E ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA

Márcio Bártoli

A Lei 11.719/2008 alterou a fase de instauração da ação penal, redefinindo as causas de rejeição da denúncia no art. 395 do CPP⁽¹⁾, as quais, no fundo, se assemelham às mesmas do revogado art. 43 do CPP⁽²⁾. Dispôs também sobre as possibilidades inovadoras de rejeição da denúncia e absolvição sumária do acusado após a apresentação da resposta escrita, conforme previsão dos arts. 397⁽³⁾, 396⁽⁴⁾, 396-A⁽⁵⁾, sendo estas algumas das modificações mais relevantes da reforma processual.

A reforma imposta pela Lei 11.719/2008 procura dar mais agilidade ao processo penal. Porém alterações legais pontuais às vezes acabam afetando a sistematização do Código.

Registra-se, primeiramente, que se confundem as causas de rejeição da denúncia com as de absolvição sumária previstas, respectivamente, nos arts. 395 e 397 do CPP, como bem observado por

“Como se percebe da simples leitura, o artigo em questão acaba por arrolar duas condições da ação – que bem poderiam estar no art. 395 – e que se opera em momento posterior, quando a denúncia ou queixa já foi recebida. Os quatro incisos do art. 397 nada mais fazem do que reproduzir duas condições da ação: prática de fato aparentemente criminoso e punibilidade concreta. Os incisos I e II (causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade) são meros desdobramentos da condição prevista no inciso III (fato narrado evidentemente não constitui crime). Já o inciso IV é a conhecida condição da punibilidade concreta. E por que essas condições da ação estão no art. 397 como causas de absolvição sumária? Porque são questões intimamente vinculadas ao mérito, ao elemento objetivo da pretensão acusatória, e dizem respeito a interesse da defesa, que, como regra, acabam sendo alegados depois, na resposta preliminar do art. 396-A. Difícilmente o juiz tem elementos para analisar a existência de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, mesmo que manifesta, quando do oferecimento da denúncia ou queixa; mas, se tiver, deverá rejeitá-la. Por outro lado, após a resposta da defesa, novos elementos podem ser trazidos ao feito, permitindo essa decisão. No fundo, apenas se retirou um pseudo obstáculo a que o juiz rejeite a acusação, mesmo já tendo-a recebido. Como a jurisprudência erroneamente não admitia esse tipo de decisão, abriu-se a possibilidade através da ‘absolvição sumária’. Ademais, por serem questões vinculadas ao mérito e que, portanto, geram coisa julgada material, a absolvição sumária é uma decisão adequada para esse fim. Em suma, todas as situações descritas no art. 397 do CPP já foram devidamente analisadas

quando do estudo das condições da ação”⁽⁶⁾.

Recebida a denúncia, o réu será citado para apresentar resposta escrita, podendo alegar alguma causa arrolada no inciso do art. 397 do CPP, e

nos termos do art. 396-A. A redação desses textos indica que os incisos do art. 397 formam apenas um rol exemplificativo, pois a expressão “*tudo o que interesse à sua defesa*” compreende todo e qualquer argumento referente ao mérito da ação penal.

À apresentação da resposta segue-se a decisão que a julgará, podendo decorrer a rejeição da inicial acusatória ou a absolvição sumária do condenado. Nesse ponto, deve ficar bem claro que, recusada a resposta escrita do réu,

, apesar da redação do artigo 399⁽⁷⁾ mencionar “*recebida a denúncia*”, expressão que só pode ser definida como equívoco ou falta de técnica legislativa, porque a inicial acusatória já fora recebida. A interpretação desse texto, nesse ponto, deve ser corretiva, compreendida como “*rejeitada a defesa escrita, o juiz designará dia e hora...*”.

Não há motivo para receber uma denúncia já considerada plenamente apta por decisão judicial anterior, que afirmou a existência de justa causa para o início da ação penal. Não há qualquer lógica para uma segunda decisão de recebimento da acusação, até porque a própria lei processual considerou a instância instaurada com a citação do acusado, nos termos do art. 363 do CPP⁽⁸⁾ completando-se a formação do processo.

Há, portanto, só uma decisão de recebimento da denúncia, aquela do art. 395 do CPP, quando o juiz examina se estão presentes os pressupostos processuais, as condições exigidas e a justa causa para a instauração da ação penal. Existentes esses requisitos, o juiz deve proferir a decisão de recebimento da denúncia.

Abre-se parêntese para reafirmar a necessidade imperiosa de fundamentação dessa decisão, como estabelecido pelo art. 93, IX da Constituição Federal. Não basta o modelo *standard* do antigo carimbo padrão, nem o modelo hoje arquivado no computador, sem fundamentação adequada, ambos amplamente utilizados sob o fundamento falacioso de impossibilidade de “*ingresso no mérito da ação penal nessa fase ini-*

cial do processo”, para evitar o exame da correspondência da denúncia com os elementos contidos no inquérito e assim impedir o excesso e abuso de acusação, cujo exame é agora obrigatório.

Sobre a necessidade de fundamentação do recebimento da denúncia e seu conteúdo, menciona-se a precisa lição de

: “*Na verdade, ao prescrever os requisitos das peças acusatórias, ao indicar as*

hipóteses em que a acusação deve ser rejeitada, do que se inferem, a contrário, os casos em que deve ser recebida, e também quando proclama ser ilegal a coação sem justa causa (art. 648, I), a lei processual está traçando um modelo de decisão em que são estabelecidos os temas que devem ser objeto de cognição judicial nesse momento procedimental de graves repercussões para o acusado. É evidente, por outro lado, que a esse modelo de decisão deve corresponder uma adequada justificação, em que o juiz demonstre haver examinado tais questões, dizendo por que concluiu pela admissibilidade da acusação. Trata-se também aqui de conferir à exigência constitucional de motivação de todas as decisões judiciais a apontada função de garantia da efetiva cognição judicial”⁽⁹⁾.

A manifestação judicial proferida em seguida à resposta escrita trata de duas possibilidades. A primeira, da rejeição da denúncia já recebida, retratando-se o juiz após examinar o conteúdo da defesa. A segunda possibilidade é do julgamento conforme o estado do processo, nos mesmos moldes previstos no CPC, pois o juiz deve julgar tudo o que constar da resposta: preliminares, excludentes de ilicitude e o mais de interesse da defesa,

Se há possibilidade de o juiz reapreciar e rejeitar a denúncia, e absolver sumariamente o acusado, a única conclusão lógica que se extrai é de que deve haver julgamento fundamentado acolhendo ou rejeitando a defesa. Se não for proferida decisão nesses termos, por que motivo o CPP teria aberto a oportunidade de apresentação da resposta do acusado? Teria a lei criado uma armadilha para ser antecipada a tese defensiva a ser desenvolvida no curso do processo? A ausência de decisão sobre a resposta escrita representa ofensa à garantia constitucional do contraditório, porque tudo o que é alegado pelas partes deve ser julgado pelo juiz.

Se a Lei 11.719/2008 abre espaço para que o defensor apresente resposta escrita, manifestando-se sobre o mérito da ação penal, torna-se evidente que *“tais questões terão de ser decididas pelo juiz, que deverá, em decisão motivada, indicar, com base nos elementos do inquérito policial, a presença das condições da ação, da justa causa e, caso alegado na resposta, a inoccorrência da hipótese de absolvição sumária invocada pela defesa”*⁽¹⁰⁾, afirma

É necessária, portanto, uma interpretação da reforma processual condizente com os princípios da necessidade de decisão fundamentada e da celeridade processual, e não uma leitura como se nenhuma modificação importante tivesse ocorrido, como nas palavras de :
“Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação a que não ficaria mal chamar retrospectiva”.

NOTAS

- (1) Art. 395: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para ao exercício da ação penal”.
- (2) Art. 43: “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Parágrafo único: Nos casos do n. III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição”.
- (3) Art. 397: “Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I – a existência manifesta de causa excludente de ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente”.
- (4) Art. 396: “Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”.

- (5) Art. 396-A: “Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário”. (grifo nosso)
- (6) Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 390/392.
- (7) Art. 399: “Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente”. (grifo nosso)
- (8) Art. 363: “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”. (grifo nosso)
- (9) A Motivação das Decisões Penais. São Paulo: RT, 2001, p. 208.
- (10) Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do CPP. RBCCrim. São Paulo: RT, n. 76, p. 173.
- (11) Ada Pellegrini Grinover na apresentação do livro Presunção de Inocência e Prisão Cautelar, de Antonio Magalhães Gomes Filho. São Paulo: Saraiva, 1991.

Márcio Bártoli

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

ESTUPRO BILATERAL: UM EXEMPLO LIMITE

Alamiro Velludo Salvador Netto

Mais uma vez foi alterado o Código Penal brasileiro no tocante aos então denominados crimes contra os costumes. Alterações nesta temática, originalmente desenhada em 1940, são necessárias. Dúvidas inexistem acerca da umbilical vinculação da originária tipificação com aspectos morais de uma sociedade não mais existente. A sucessão legislativa, neste aspecto, gradativamente tem o condão de eliminar condutas que não mais justificavam a repressão penal. Exemplos retumbantes eram consubstanciados pela obsoleta criminalização da sedução ou das figuras de rapto, as quais já haviam sido previamente excluídas pela Lei 11.106, de 28 de março de 2005.

Nesse sentido, bem caminhou a mais nova legislação (Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009) ao, inclusive, alterar a própria denominação *crimes contra os costumes*, substituindo-a por *crimes contra a dignidade sexual*. Inegável que a antiga nomenclatura apontava para um aspecto cultural-naturalista, na medida em que o pudor, fruto do gradativo desenvolvimento da moral refletida nos costumes, contrapunha-se ao fervor sexual primitivo, próprio do ser humano atávico e associial, o qual, por isso mesmo, deveria ser contido pela norma. A substituição da alcunha significa - ao que parece - a quebra de um paradigma e, ao mesmo tempo, uma visão mais temporal e laica da questão, privilegiando e protegendo, enfim, a autodeterminação sexual. Aliás, esta

tendência há muito já poderia ter sido consolidada, tendo em vista que desarrazoado é *“aceitar os preceitos da moralidade burguesa judaico-cristã como sendo referencial para a definição do bem jurídico protegido em termos sexuais. Considerando-se que as noções de liberdade se autocomplementam nas de autodeterminação sexual, tem-se, verdadeiramente como objeto de tutela, a liberdade de autodeterminação sexual”*⁽¹⁾. Por estas e outras razões foi a legislação penal sexual alterada ao longo dos tempos, no que foi seguida, em diferenciado ritmo, pelo traçado da jurisprudência. Esta última, a propósito, dada sua proximidade da casuística, sempre repercutiu mais celeremente a dinâmica social na aplicação da legislação criminal. Aliás, mais fácil a modificação de entendimentos judiciais, revalidados diariamente na dinâmica decisória, do que textos submetidos aos procedimentos de aprovação bicameral e sujeitos aos ânimos políticos das circunstâncias.

Entretanto, dada a limitação jurisdicional (*princípio da legalidade-segurança jurídica*), um fator foi sempre peculiarmente propulsor da renovação jurisprudencial em termos penais: a utilização legislativa de elementos tidos como normativos, ou seja, sujeitos à interpretação e, em consequência, da modificação do conteúdo material que lhes são subjacentes. Tais elementos normativos, que se usados em larga escala podem significar um abalo à garantia do cidadão,

fomentam, se usados com ponderação, adequações da frieza do texto estável da lei aos sons da cultura, aos ajustes do tempo, diminuindo a cisão entre a letra dos julgados e o sentir dos tempos e das relações intersubjetivas.

Definidos inicialmente pelos precursores neokantianos, os elementos normativos, para ganharem sentido, exigem do intérprete a percepção dos *“pressupostos lógicos de uma norma, pressupõem sistemas de normas jurídicas ou sociais”*⁽²⁾. Por tudo isso, eles inexistem fora do mundo humano. Ao contrário, obrigam-nos à reflexão. Trazem o mundo humano ao direito e, simultaneamente, lapidam o direito para este mesmo universo humanizado. Não é à toa, portanto, a constante conexão realizada entre elementos normativos e as tarefas de complementação hermenêutica.

O problema, contudo, é que a recente lei, ao alterar a redação e a sistemática dos crimes sexuais, cometeu, sem prejuízo de outros, ao menos um grande equívoco. Mais um de nosso trôpego legislador. A antiga legislação estabelecia, para além do estupro e do atentado violento ao pudor, a presunção de violência nos casos da vitimização de menor de 14 anos. A redação de antanho, insculpida no artigo 224, alínea *a*, articulava, como afirmado, uma noção de presunção, cuja história interpretativa (e jurisprudencial) evoluiu da asséptica aplicação à reflexão casuística. Quando o am-

biente de operatividade jurídica significa um país de dimensões continentais, ridiculamente desigual em termos econômicos e de vastíssima heterodoxia cultural, parece consequente e natural que a presunção abandone gradativamente sua lógica jurídica absoluta e alcance uma dimensão especificada, de avaliação pontual ou, como preferem os juristas, *juris tantum*. Assim sendo, o senso comum afasta-se da premissa formal e atinge a maturidade da concretude. Em suma, o caso da jovem de 13 anos que mantém relações sexuais com o namorado de 18 anos fica muito mais próximo da indiferença penal do que da repressão adstrita ao crime hediondo.

Tudo isso porque o termo *presumir*, embora não contido nos tipos elementares e sim na norma extensiva antes estabelecida, assumia dimensão normativa, auferível sempre por meio da análise do caso concreto. Esta perspectiva interpretativa, aliás, desviava da severidade penal casos de notória falta de merecimento de pena. O juízo político-criminal encontrava no termo um foco de escape dogmático, de modo com que a sensibilidade do julgador aparecia no discurso jurídico pela redefinição dos limites da presunção. No exemplo dos namorados, ao invés de simplesmente afirmar a naturalidade da relação sexual entre jovens, articulava-se a exclusão da presunção de violência. A terminologia jurídica,

assim, suavizava uma coerente opção axiológica subjacente.

A recente lei caminha ao revés. Retirado o elemento normativo, furtada da mão do intérprete foi a avaliação da presunção da violência, do constrangimento. Mais do que isso, esvaiu-se o mecanismo de afloramento valorativo por instrumentos jurídico-dogmáticos. Preceitua com objetividade cruel e pena mínima de gritante desproporção, sob o *nomen juris* de *estupro de vulnerável*, o artigo 217-A: “*Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos*”. A ressalva do discernimento, por sua vez, é feita apenas no § 1º, exclusivo aos casos de enfermidade ou doença mental.

A aplicação do dispositivo, da forma como se coloca, refuta a reflexão jurisdicional. A proibição da conduta deixa de derivar da existência de violência, presumida ou real, mas apegar-se à própria essência de um bem jurídico de contorno sugestivamente moral. Reafirma o legislador, sem mais abrir brechas interpretativas, que os menores de 14 anos não podem mais, sob hipótese alguma, relacionarem-se sexualmente. Por mais que com isso se possa concordar, mais adequado parece que a instância familiar e educativa é muito mais eficiente que a instância penal. O Estado não deve assumir pautas meramente pa-

ternalistas, mas garantir com fervor a autodeterminação, a liberdade sexual dos sujeitos na conformidade de suas reais capacidades de discernimento.

Muitas questões devem ser verticalizadas, aprofundadas, mas um *exemplo limite* serve à reflexão. Dois adolescentes de 13 anos relacionam-se sexualmente. Nessa hipótese, quis o legislador, inconscientemente ou não, consagrar a enigmática figura do estupro bilateral. Afinal, se aplicado literalmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 103) e seu microsistema penal, ato infracional cometerão ambos os adolescentes, um contra o outro. A violência é indiferente. A autodeterminação, relativizada nesta idade, nada importa. O moralismo, por via transversa, é aplaudido pelo legislador de 1940.

NOTAS

- (1) **SILVEIRA, Renato de Mello Jorge.** *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 383.
- (2) **ROXIN, Claus.** *Derecho penal, parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Trad. **Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal**. Madrid: Civitas Ediciones, 2003, p. 307.

Alamiro Velludo Salvador Netto

Professor Doutor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Advogado Criminalista

NOVA TENTATIVA DE SUPRESSÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL: A PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DO DEVER DE DIZER A VERDADE AO ACUSADO SOB PENÀ DE COMETER PERJÚRIO

Maria Elizabeth Queijo

Tramita no Congresso Nacional, no Senado, projeto de lei (de nº 226, de 2006) que incrimina as condutas de fazer afirmação falsa ou negar a verdade, na condição de indiciado ou acusado, em inquérito policial, civil ou administrativo, processo judicial ou administrativo ou perante Comissão Parlamentar de Inquérito, sob o *nomen juris* de perjúrio.

A justificativa do projeto aponta sua origem nos trabalhos da CPMI dos Correios e, na prática, insurge-se contra o que denominou de “regime especial” concedido pelo Supremo Tribunal Federal aos investigados – ainda que travestidos da condição de testemunhas por aquela Comissão – pelo qual a Corte Suprema assegurou-lhes o direito de depor sem assinatura do termo de compromisso de dizer a verdade. Por outras palavras, a justificativa do projeto em foco opõe-se à interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao direito ao silêncio e ao princípio da presunção de inocên-

cia, considerando-as “dilatadas”. Desse modo, claramente, o projeto objetiva tolher a atividade daquela Corte na interpretação da Constituição.

Apesar do parecer favorável à sua aprovação, emitido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, o projeto em tela é flagrantemente inconstitucional.

Historicamente, na persecução penal, registra-se a tendência a se pretender obter do investigado ou do acusado elementos probatórios e provas de culpabilidade, seja por seu interrogatório ou por sua participação em provas que dependam de sua colaboração. Tal tendência está ligada à consideração do acusado como objeto da prova.

Atrela-se a essa orientação o mito da verdade real, bastante enraizado no processo penal, segundo o qual é preciso perseguir, a todo custo, a verdade dos fatos, como se possível fosse reproduzir, no processo, a verdade histórica.

Contudo, o maior respeito ao homem, as

consequentes limitações impostas ao poder estatal frente ao indivíduo e a construção e consolidação de direitos e garantias fundamentais, ao longo do tempo, produziram importantes reflexos na persecução penal. Foi no Iluminismo que emergiu o princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar (refletido na expressão latina *nemo tenetur se detegere* – ninguém é obrigado a se descobrir), assim como outros tantos princípios penais e processuais penais. O

, na clássica obra *Dos delitos e das penas*, já combatia o juramento de dizer a verdade ao acusado, considerando-o antinatural, na medida em que entendia impossível que o homem pudesse jurar, contribuindo para sua própria destruição⁽¹⁾.

Na Constituição Federal, que cuidou de organizar o Brasil como Estado Democrático de Direito, o princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar é extraído do devido processo legal, do princípio da ampla defesa, da dignidade humana, da presunção

de inocência, bem como da incorporação, ao direito nacional, de diplomas internacionais de direitos humanos (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 8º, § 2º, alínea “g” e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, nº 3, alínea “g”)⁽²⁾.

Entretanto, o projeto de lei em comento colocou-se na contramão da construção humanística que redundou nos direitos e garantias fundamentais acolhidos na Constituição. Foi bem além das posições doutrinárias que, no passado, sustentaram a existência de dever testemunhal por parte do acusado⁽³⁾ ou impunham a ele o ônus de dizer a verdade⁽⁴⁾, prevendo crime no qual incorrerá o investigado ou o acusado que faltar com a verdade. Por ele impõe-se cruel dilema ao acusado: autoincriminar-se ou então praticar delito. Evidentemente, tal previsão normativa atinge a liberdade moral do acusado, que será compelido a se autoincriminar.

De outra parte, o projeto faz uma leitura equivocada do princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar. Isto porque, pelo que se extrai da justificativa do projeto e do parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, sustenta-se que, para não ferir a Constituição, é bastante que se respeite o direito ao silêncio. Em outras palavras: defende-se que a incriminação da conduta do acusado que faltar com a verdade em inquérito, processo ou perante Comissão Parlamentar de Inquérito não é inconstitucional, porque o direito ao silêncio não foi vulnerado.

Efetivamente essa leitura do princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar é equivocada e bastante míope. É que o direito ao silêncio é uma das diversas decorrências do princípio em questão. Outra delas é a inexistência do dever de dizer a verdade, por parte do investigado ou acusado. Note-se que não se sustenta a existência do direito à mentira nesse caso, porque é inadmissível que qualquer direito a ser exercido apresente conteúdo antiético. Na realidade, o acusado não tem direito a mentir, mas se faltar com a verdade em seu interrogatório, tal conduta não pode ser sancionada, assim como o seu silêncio. Tampouco se pode de tal postura extrair consequências negativas, como indícios de autoria e de culpabilidade, ou mesmo aumento de pena.

No Estado Democrático de Direito, considerando o princípio da ampla defesa, o investigado e o acusado poderão dizer a verdade, faltar com ela ou silenciar, sem que nenhum desses comportamentos possa sofrer qualquer censura. Nenhuma coerção deve ser exercida contra o acusado para compeli-lo a se autoincriminar. Veja-se, a propósito, o conteúdo dos dispositivos que

espelham esse princípio no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que estabelecem que é direito do acusado não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado. Tal proteção decorre do princípio *nemo tenetur se detegere* em toda a sua plenitude. Por isso, não basta a tutela do direito ao silêncio para que o mencionado princípio não seja violado. E, sem dúvida alguma, a repressão penal que o projeto cria, impõe ao acusado o dever de autoincriminar-se, porque obrigá-lo a dizer a verdade, em certas circunstâncias, implicará forçosamente que o acusado se declare culpado, ferindo de morte uma das faces do princípio em questão.

Desse modo, assim como é inconstitucional a supressão do direito ao silêncio, o mesmo se pode dizer da imposição do dever de dizer a verdade ao acusado.

Destaque-se que a incriminação contida no projeto, dirigida ao investigado e ao acusado, colide até mesmo com disposição expressa do Código de Processo Penal que, em seu art. 208, dispensa do compromisso de dizer a verdade o ascendente, o descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado, o irmão e o pai, a mãe e o filho adotivo do acusado. Ora, como sustentar, harmonicamente, no ordenamento jurídico, que possam tais pessoas eximir-se do dever de dizer a verdade, enquanto o acusado, no mesmo processo, estará obrigado a declará-la, sob pena de cometer crime?

E não se argumente que, em outros ordenamentos nos quais também se tutela o princípio *nemo tenetur se detegere*, se impõe, em determinadas situações, ao acusado o dever de dizer a verdade, *v.g.*, no ordenamento norte-americano. Primeiramente, de se observar que no referido ordenamento não há o dever irrestrito de o acusado dizer a verdade. Por força da amplitude do direito de defesa, pode ele tornar-se testemunha de defesa no próprio processo. Vale dizer, o acusado só abrirá mão do direito ao silêncio e da inexistência do dever de dizer a verdade se assim quiser. Habilitar-se como testemunha de defesa, no processo em seu desfavor, significa, pois, uma estratégia da defesa, para incrementar o valor probatório das declarações do acusado. Todavia, inexiste, mesmo no direito norte-americano, o dever irrestrito de o acusado dizer a verdade. Além disso, tão antinatural é a imposição desse dever ao acusado que, mesmo nos Estados Unidos, estatisticamente, é raro submetê-lo a um processo penal por perjúrio.

Por outro lado, é digno de registro que, como todo direito fundamental, o princípio *nemo tenetur se detegere* pode admitir restrições, sempre calçadas no princípio da proporcionalidade. Porém, nenhuma delas po-

derá conduzir ao completo esvaziamento do seu conteúdo, como é o caso do que se propõe no projeto em discussão.

Não se pode descurar, de outra parte, que o projeto vulnera igualmente o direito à ampla defesa, impondo ao acusado o dever de dizer a verdade, sob pena de cometer crime. Uma das muitas estratégias da defesa – e não manobras, como impropriamente se refere o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado – pode ser a não revelação da verdade, pelos mais variados motivos que, inclusive, podem abranger a não incriminação de terceiro.

Em suma: o projeto é inconstitucional e representa severo retrocesso na árdua consolidação dos direitos e garantias fundamentais no processo penal.

Por fim, tão absurda é a incriminação da conduta do acusado que faltar com a verdade que, para além da inconstitucionalidade da lei, mesmo que fosse o projeto aprovado, incidiria, na espécie, inarredavelmente, a inexigibilidade de conduta diversa, excludente da culpabilidade do acusado, a impedir juízo condenatório.

Seja como for, em face da gritante inconstitucionalidade apontada e da necessidade imperiosa de impedir qualquer tentativa de supressão de direitos e garantias fundamentais, como é o caso do direito de não produzir prova contra si mesmo, o projeto não merece prosperar e se, por hipótese, ele frutificar, a solução será o veto presidencial ou a futura declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, Corte cuja jurisprudência tem contribuído imensamente para os contornos do princípio em foco em nosso ordenamento⁽⁵⁾.

NOTAS

- (1) **BONESANA, Cesare.** *Dei delitti e delle pene*. Roma: Garzanti Libri, 2000, p. 44.
- (2) Em obra de nossa autoria, publicada em 2003, intitulada *O direito de não produzir prova contra si mesmo (O princípio ‘nemo tenetur se detegere’ e suas decorrências no processo penal)* (São Paulo, Saraiva), já sustentávamos, antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004, que os direitos fundamentais oriundos da incorporação de diplomas internacionais de direitos humanos tinham envergadura constitucional (p. 64-66). Depois da referida Emenda, tornou-se inafastável tal entendimento, em face do disposto no art. 50, § 3º da Constituição Federal.
- (3) **CARNELUTTI, Francesco.** *Principi del processo penale*. Napoli: Morano, 1961, p. 185.
- (4) **FOSCHINI, Gaetano.** *Imputato*. Milano: Giuffrè, 1956, p. 52.
- (5) Com relação ao tema tratado no presente artigo, o STF já decidiu que o *nemo tenetur se detegere* assegura ao acusado negar, perante a autoridade policial ou judiciária, ainda que falsamente, a prática de crime (*v.g.*, HC nº 68929, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.10.1991, DJ 28.8.92, p. 13453).

Maria Elizabeth Queijo

Advogada, mestre e doutora em processo penal pela USP

REGRESSÃO NOVA, VELHA BARBÁRIE

Laurindo Dias Minhoto

O debate sobre as parcerias público-privadas no sistema penitenciário envolve questões de natureza jurídica, econômica e política. Ao analisá-lo, tomo como referência principal o caso norte-americano, o mais antigo, abrangente e representativo e, nessa medida, o que mais tem influenciado formuladores de políticas mundo afora.

Do ponto de vista jurídico, discute-se a legalidade da transferência da administração penitenciária a agentes privados. O contencioso envolve desde a questão da natureza jurídica da execução da pena de prisão, passando pelo monopólio estatal do uso legítimo da força e pela regulamentação do trabalho do preso, até o estatuto da responsabilidade civil do Estado e da iniciativa privada em processos envolvendo superpopulação, maus-tratos e rebeliões.

Vale a pena mencionar a conhecida afirmação de um agente correcional de uma prisão privada dos EUA: “*em meu estabelecimento, eu sou a Suprema Corte*”. Como se sabe, a apuração de infrações e a aplicação de punições disciplinares aos detentos influenciam diretamente o processo de concessão de benefícios estipulados em lei. Seria o caso de lembrar também que, no âmbito de instituições totais como a prisão, o limite entre discricionariedade e arbítrio é sempre movediço.

Do lado econômico, a polêmica não é menos intensa. Num cenário de superpopulação e intervenção judicial no sistema, a redução dos custos do encarceramento constituiu uma das principais razões invocadas pelo governo para justificar a privatização. No entanto, as prisões privadas não têm prestado serviços necessariamente mais baratos nem tampouco mais eficientes, reproduzindo os problemas estruturais que atravessam o setor público. Uma longa lista de práticas gerenciais ineptas pode ser detectada na experiência correcional privada estadunidense, englobando violência de funcionários contra detentos, corrupção, presença de drogas nos estabelecimentos e fugas reiteradas.

Nota-se ainda uma série de tensões entre o móvel da lucratividade e os objetivos da política penitenciária. O modelo de parceria prevalente nos EUA é o da remuneração das empresas com base no número de presos custodiados. Cadeias superlotadas propiciam taxas de retorno mais generosas a seus administradores. A corrida em direção ao corte de custos tem levado à contratação de pessoal sem o mínimo preparo, aumentando a possibilidade de conflitos. Outro ponto é o do trabalho prisional, realizado em condições de extrema precariedade e exploração; por conta da pressão que

exerce sobre a massa salarial, ele tem esbarrado no movimento organizado de trabalhadores livres.

Em termos políticos, a privatização de prisões coincide, não por acaso, com a emergência do fenômeno do *encarceramento em massa*, uma espécie de rebarba keynesiana na ponta punitiva do Estado que sobrevive ao fordismo. Configurando-se em ritmo acelerado como a meca do *Gulag* global, a democracia norte-americana encabeça o *ranking* do encarceramento, com mais de dois milhões de detentos e uma acachapante taxa de mais de 700 presos por 100 mil habitantes, desbancando afiadíssimos contendores da “corrida carcerária”, como a Federação Russa (635), as Ilhas Cayman (600) e a África do Sul pós-*apartheid* (405).

Os principais efeitos do encarceramento em massa nos EUA são: o agravamento do déficit público (248% de aumento em prisões na primeira década de experimento privado); a realocação do fundo público da área social para o sistema de justiça criminal; a colonização da cultura comunitária pela cultura da prisão; o aumento relativo do crime, tendo em vista as altas taxas de reincidência; a destituição do direito de voto de parcela significativa da população; o aprofundamento das divisões sociais (dada a tremenda disparidade no encarceramento de negros e latinos em relação a brancos, já há quem veja na política penal norte-americana uma autêntica “ação afirmativa carcerária”).

A experiência norte-americana concreta no campo dos novos negócios correcionais tem se revelado bastante desigual e seletiva: (a) a face mais ousada do processo, o *nec plus ultra* da administração privada total de estabelecimentos penitenciários, tem sido bem menos utilizada que outras modalidades de privatização; (b) ela vem se concentrando na “ponta leve” do sistema, sobretudo nos setores de imigrantes e de jovens criminosos, em que a parafernália securitária habitual pode ser dispensada; (c) no que diz respeito ao alojamento de adultos, ela privilegia o chamado “setor secundário” (*halfway houses* etc.) por oposição ao “primário” (prisões propriamente ditas); (d) a privatização tende a prevalecer nos Estados do Sul, tradicionalmente mais conservadores e com movimento sindical menos organizado do que os Estados do Norte; (e) as prisões privadas são mais comuns na esfera local do que na esfera estadual, entre outras razões, porque as autoridades locais são mais permeáveis à pressão política.

Os defensores da privatização têm frequentemente manifestado o *wishful thinking* de que uma “fertilização cruzada”

entre os setores público e privado poderia propiciar uma sinergia ótima capaz de fazer que uma esfera aprendesse e se beneficiasse com a incorporação dos métodos e técnicas de gestão da outra. O que se observa na prática, porém, à medida que gradualmente a privatização se aproxima do “núcleo duro” do sistema prisional - o encarceramento de adultos -, é uma espécie de “fertilização cruzada” às avessas, em que mais e mais as prisões privadas se vêem às voltas com os mesmos problemas dos estabelecimentos públicos, notadamente a superpopulação, um regime disciplinar desumano e um contexto avesso às estratégias de reabilitação dos condenados, minando assim a promessa privatizante nos exatos termos em que vem sendo advogada.

Vanguarda do atraso

A participação da iniciativa privada na gestão de presídios integra um conjunto impressionante de mudanças que, a partir de fins dos 70 e início dos 80 do século XX, redesenham o discurso criminológico, as estratégias punitivas e as práticas de controle penal de alguns dos principais Estados do centro da sociedade contemporânea.

Um dos indícios mais significativos de ruptura com a penalidade da época anterior estaria exatamente no crescimento avassalador das taxas de encarceramento na Europa e nos EUA durante os anos 80 e 90. Há quem veja o retorno, em fins do século XX, de um fenômeno só comparável, em extensão e intensidade, àquele que descreveu como “o grande encarceramento”, próprio dos seiscentos europeu. Ontem, como hoje, esse fenômeno assumiria inequivocamente “dimensões européias”.

Segundo inúmeros analistas, essas transformações abrem um tempo histórico específico de , cujo alcance e sentido últimos seriam dados por uma guinada punitiva que tende a deitar por terra muitas das estratégias clássicas de controle do crime e de aplicação da pena próprias da era do *Welfare State*.

Assim é que a relativa “anorexia punitiva” da era de ouro estaria cedendo o passo à “bulimia punitiva” *sans phrase* de hoje, indicando, entre outros aspectos, que neste início de milênio a questão social volta a ser um caso de polícia.

Na era da informação e da sociedade do conhecimento, a polícia é inteligente. Técnicas atuariais sofisticadas e bancos de dados complexos permitem a gestão cada vez mais eficiente da população de náufragos e sobressalentes sociais.

O lugar dos que não têm lugar no admi-

rável mundo novo do capitalismo global é a prisão. Bem entendido, nos países e regiões que podem financiar a política de encarceramento em massa, mitigando numa ponta (o extermínio no ambiente) e reforçando noutra (a guerra entre os detentos), a seleção natural e a autofagia no interior da mais-população.

O cárcere apresenta-se como meio privilegiado de inclusão forçada, no sistema de justiça criminal, dos excluídos dos sistemas econômico, político, educacional, sanitário etc. Desempregados estruturais, migrantes ilegais, trabalhadores do mercado informal de drogas, consumidores falhos configuram a prisão como uma espécie de microcosmo da ralé estrutural produzida pela sociedade contemporânea⁽¹⁾.

A prisão da era penal regressiva constitui uma janela de oportunidade. A política de privatização dos sistemas penitenciários alimenta-se, em grande medida, da conversão dos detentos em consumidores cativos dos produtos da indústria do controle do crime e da aplicação da pena.

Se parece certo que o sistema de justiça criminal se abre numa ponta para a incorporação explícita da racionalidade econômica, na outra ele tende a ser cada vez mais condicionado pela racionalidade do

sistema político, que não por acaso passa a girar na dinâmica do governo pelo crime. Inflação normativa, conceitos jurídicos indeterminados e políticas draconianas para polícia, tribunais e prisões reforçam-se mutuamente como mecanismos de captação de dividendos eleitorais e figuram no centro do novo senso comum criminológico. Pela via do populismo penal, o governo pelo crime converte-se em arena de vocalização de medo, insegurança e ressentimento em tempos de violência-espetáculo e *apartheid* social.

Note-se que o bode expiatório da “guerra ao crime” e da hiperpunição confere uma espécie de sobrevida irracional a sistemas políticos crescentemente esvaziados pela unidimensionalidade dos discursos e programas partidários, pela volatilidade indiferente que marca o intercâmbio das agendas e práticas institucionais entre administrações distintas, pelo circuito fechado dos arranjos neocorporativos entre os donos do dinheiro e os do poder, pela gansterização dos partidos, pela desterritorialização das arenas decisórias, pelo paradoxo da regulação da desregulação e pela substituição da gramática dos direitos do cidadão pelo melhor interesse do consumidor.

O direito penal seletivamente mínimo da

época anterior tende a assumir cada vez mais a forma de um contradireito penal máximo, que normaliza práticas punitivas incompatíveis com princípios elementares do Estado de Direito, na lógica de um direito penal do inimigo que se expressa emblematicamente na legalização da tortura, mas também na introdução de categorias jurídicas indeterminadas nos ordenamentos e no afrouxamento de garantias processuais em nome de um ideal de eficiência punitiva.

Inserida nessa constelação de mudanças de largo alcance, a política de privatização do sistema penitenciário revela-se como uma figura central do estado de não-direito contemporâneo, em que a velha barbárie punitiva da periferia parece se realizar cada vez mais na novíssima regressão penal do centro.

NOTA

- (1) Ralé estrutural é a expressão cunhada pelo sociólogo **Jessé de Souza** a partir do clássico trabalho de **Maria Sylvia de Carvalho Franco**, *Os Homens Livres na Ordem Escravocrata*. Nos termos da formulação original da autora, trata-se de uma ralé que cresceu e vagou ao longo de quatro séculos de história brasileira, “homens a rigor dispensáveis, desvinculados dos processos essenciais à sociedade” (1974, p. 14).

Laurindo Dias Minhoto

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP e professor de sociologia jurídica da Direito GV

INSIGNIFICÂNCIA: UM PRINCÍPIO NADA INSIGNIFICANTE

Élcio Arruda

Nos mais diversos estratos do mundo jurídico, paulatinamente, ganha fôlego a evocação do princípio da insignificância como veículo hábil a excluir “bagatelas” do tratamento ortodoxo ditado pelo sistema jurídico-penal. Seja-nos permitido ponderar a respeito, sob admoestação clara: a adequada conformação do princípio da insignificância é tudo, menos algo insignificante.

Na monarquia romana, mesmo antes da época dos pretores (356 a.C.), a Lei das XII Tábuas (451-449 a.C.) reservava a intervenção penal a violações que diretamente atentassem contra o Estado (alta traição, subtração ao serviço militar, incitação ao inimigo etc.)⁽¹⁾. O direito romano distinguia entre infrações penais privadas (*delicta privata*) e públicas (*crimina publica*): aquelas, menos graves, entregues à persecução do próprio ofendido, em tribunais civis; estas, de maior intensidade, cometidas à acusação por parte de qualquer do povo, com a obrigatoriedade de o tribunal criminal emitir o veredicto condenatório ou absolutório⁽²⁾. Uma diretiva clara informava o sistema: lesões de menor relevância deveriam ser equacionadas entre os próprios envolvidos, sem a ingerência do poder público. *De minimis non curat praetore*.

Num contexto de interação entre políti-

ca criminal e sistema penal, alvitrou a transposição da orientação ao direito penal moderno, sob a rubrica de preceito interpretativo ancilar. Os umbrais da criminalidade somente seriam ultrapassados se a conduta ensejasse danos de alguma relevância. Os gravames de minguada expressão ou de bagatela careceriam de densidade suficiente à configuração da tipicidade penal⁽³⁾. Mesmo um comportamento causador de dano significativo (uma somenos imprudência, *e.g.*), contanto que ostentasse párvulo desvalor ético, legitimaria a evocação da insignificância⁽⁴⁾. “O direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas”, disse-o o saudoso , entusiasta do princípio, enquanto excludente de tipicidade⁽⁵⁾.

A insignificância, nesta visão, não constitui um princípio propriamente dito, é um vetor interpretativo. Sua viga mestra é o grau de maltrato ao objeto jurídico⁽⁶⁾.

Todavia, a intensidade de ulceração aos bens penalmente tutelados, em si, parece se ressentir da eficácia propalada. A seletividade penal é incumbência precípua do Legislativo: o que e como criminalizar é uma decisão política. Ao Judiciário, em linha de princípio, não é dado invadir tal seara, sob

pena de agressão à tripartição de poderes (CF, art. 2º). Os eventuais pontos de tensão entre os conceitos material e formal de crime, amiúde descortinados no foro criminal⁽⁷⁾, devem ser equacionados no leito do sistema jurídico legalmente posto. Logo, *in exemplis*: a) O maior ou menor prejuízo deve ser tomado em conta ao ensejo da fixação da pena-base (*consequências da infração*, CP, art. 59); b) Quando é o caso, o próprio legislador acresce efeitos à gradação minorada, como na hipótese dos crimes patrimoniais (furto e estelionato privilegiados: redução excepcional de pena: CP, art. 155, § 2.º, e 171, § 1.º); c) Mesmo sem previsão categórica, é possível se considerar a peculiaridade na mensuração da resposta penal, sob a rubrica de atenuante genérica (CP, art. 66); d) À vista da significação do bem resguardado, são fixados os limites da sanção penal, parâmetro idôneo à efetivação da despenalização ou diversificação⁽⁸⁾. Há mais. Uma vez presentes os requisitos da incriminação, a sujeição do agente ao *jus puniendi* – ou mesmo à eficácia dos espaços de consenso do sistema penal (transação penal, *sursis* processual) – desempenha importante tarefa pedagógica: a todos infunde a consciência de resposta do Estado às violações à lei, tanto mais severa quanto

mais intensa. É um *minimum* de reação estatal em face de condutas penalmente vedadas é condição à harmonia social. Aí, talvez, possa se enxergar a “*consideração conglobada da norma*” de que fala

. Não é ocioso re-memorar o risco de a insignificância desaguar em *laxismo*, nenhum direito penal, situação conducente à anomia e ao incremento do crime. A título de exemplo, já se agraciou com o princípio da bagatela a quem se imputava furto de bem (boné) orçado em R\$10,00 (dez reais), mesmo referindo o agente antecedentes criminais, inquéritos policiais e processos criminais pendentes⁽¹¹⁾. Aí, quicá, com a devida vênia, uma clara mensagem ao agente: basta furtar aos poucos, a conta-gotas, para escapar às malhas do direito penal, máxime porque, ainda na dicção do Pretório Excelso, “*para a incidência do princípio da insignificância só se consideram aspectos objetivos*”. De igual modo, subtração de violão orçado em R\$90,00 (noventa reais), sob evocação de lições de

, foi contemplada com exclusão de tipicidade oriunda da bagatela⁽¹³⁾. Também peculato envolvendo bem de menor valor não escapou à incidência do princípio da insignificância⁽¹⁴⁾.

Por outra parte, é possível à insignificância irromper a baliza de mera diretiva de interpretação e alçar foros de princípio de política criminal concreta e geral, *sob condições específicas*. Na Alemanha reunificada, *verbi gratia*, sob a égide de um “*processo descriminalizador do direito penal*”, o gravame de escassa relevância ou de bagatela ostenta aptidão à produção concreta dos seguintes efeitos: a) Submete algumas categorias de crimes patrimoniais – apropriação indébita, furto, receptação, estelionato, abuso de confiança – ao leito da ação penal privada, iniciada sob querela; b) Permite ao Ministério Público diretamente arquivar o procedimento, sem necessidade de pronunciamento judicial, dès que, concorrentemente, não haja interesse público na persecução e seja minguada a culpabilidade do agente; c) Autoriza a retirada provisória da acusação, sob condições e instruções, se fenece o interesse público na persecução e à medida em que não se opuserem a gravidade e a culpabilidade do infrator⁽¹⁵⁾. Alguns

sistemas ensaiam ir mais adiante. Sem explicitar-lhe os parâmetros de operacionalização, outorgam ao princípio da insignificância força genérica de exclusão da tipicidade. Na Polônia um “*ato proibido de consequências sociais*

insignificantes não pode constituir uma ofensa penal” (Código Penal, de 06-06-1997, art. 1º, § 2º). Da mesma forma, o Código Criminal da República da Macedônia (1996) proclama: “*o ato deixa de ser crime quando tenha menor significância, em razão da insignificância de suas consequências danosas e do baixo nível de responsabilidade criminal do ofensor*” (art. 8º).

De toda sorte, inexistente consenso a respeito da medida em que a criminalidade de pouca monta deva ser excluída da persecução penal. Trata-se de problema ainda sem solução, em vários sentidos. A própria elaboração dogmática carece de bases firmes. Uma diretiva talvez consista em incrementar o tratamento heterodoxo (despenalização e diversificação) e se trasladar crimes patrimoniais de menor relevo para o campo da ação penal privada. Com certeza, não é apropriado cuidar do tema à base de substrato vago ou sob ânimo de ocasião. Nem há de se condescender à intromissão preponderante, no terreno jurídico, de critérios matemáticos/econômicos. No direito, o referencial é o certo ou o errado, ele veicula regras de aplicação absoluta. Já na economia, o norteamento gira em torno do mais ou do menos, de quantidades e de relações: a relatividade é a tônica⁽¹⁶⁾.

Enfim, o princípio da insignificância, caro à ciência penal, não há de ser tratado de modo insignificante.

NOTAS

- (1) **RUIZ FERNÁNDEZ, Eduardo**. Consideraciones en torno a la penalidad en derecho romano. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 88, p. 247-278, 1997.
- (2) **LISZT, Franz Von**. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução portuguesa de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguier & C. Editores, 1899, p. 09-19, v. 1.
- (3) **ROXIN, Claus**. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução portuguesa de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 47-48.
- (4) **ROXIN, Claus**. *Derecho penal – parte general*. Tradução espanhola da 2. ed. alemã por Diego-Ma-

nuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006, p. 66, t. 1.

- (5) **TOLEDO, Francisco de Assis**. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 133.
- (6) Dentre outros, confira-se **MANAS, Carlos Vico**. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*; **LOPES, Maurício Antônio Ribeiro**. *Princípio da insignificância no direito penal*; **REBÊLO, José Henrique Guaracy**. *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*; **CALLEGARI, André Luís**. *O princípio da intervenção mínima no direito penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 88, n. 769, p. 456-460, nov. 1999.
- (7) **MAURACH, Reinhart**. *Derecho penal – parte general*. Atualizada por Heinz Zipf. Tradução espanhola da 7. ed. alemã por Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 215-216, t. 1.
- (8) “a) *Descriminalização*: a conduta é extirpada do rol penal e, pois, passa a ser insusceptível de solução na via punitiva; b) *Despenalização*: a incriminação subsiste, o trâmite processual deságua no édito condenatório. Entretanto, a resposta estatal não mais se materializa à moda clássica (cárcere), sim mediante meios heterodoxos (prestação de serviços, suspensão/interdição de direitos, limitação de fim de semana, semidetenção, etc.); c) *Diversificação*: também opera à base da tipicidade penal, sem embargo de buscar o equacionamento do conflito por inovador espaço de consenso penal, sem a prolação de édito condenatório (transação penal, *sursis* processual, etc.)” [**ARRUDA, Elcio**. *Primeiras linhas de direito penal – parte geral – fundamentos e teoria da lei penal*. Leme: BH, 2009, p. 214, v. 1, t. 1].
- (9) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. *Manual de derecho penal – parte general*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 385-388 e 474.
“(…) III – Ainda que se considere o delito como de pouca gravidade, tal não se identifica com o indifferente penal se, como um todo, observado o binômio tipo de injusto/bem jurídico, deixou de se caracterizar sua insignificância” (STJ – HC 39.874/RJ – 5. Turma – Rel. p/ acórdão min. **Felix Fischer** – DJ 29-05-2006, p. 270).
- (10) O *laxismo penal* consiste na “*tendência a propor a) solução absolutória quando as evidências do processo apontem em direção oposta, ou b) punição benevolente, desproporcionada à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e à periculosidade do condenado, tudo sob o pretexto de que, vítima do fatalismo socioeconômico, o delinquente sujeita-se, quando muito, a reprimenda simbólica*” (**MORAES JÚNIOR, Volney Corrêa Leite de**; **DIP, Ricardo Henry Marques**. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2002, p. 2).
- (11) STF – HC 84.687/MS – Rel. Min. **Celso de Mello** – 2. Turma – j. 26-10-2004.
- (12) STF – AI-QQ 559904/RS – Rel. Min. **Sepúlveda Pertence** – 1. Turma – DJ 26-08-2005, p. 26.
- (13) STF – HC 94770/RS – Relator Min. **Joaquim Barbosa** – Relator p/ Acórdão: Min. **Eros Grau** – j. 23-09-2008 – 2. Turma.
- (14) STF – HC 87478/PA – Rel. Min. **Eros Grau** – j. 29-08-2006.
- (15) **JESCHECK, Hans-Heinrich**; **WEIGEND, Thomas**. *Tratado de derecho penal – parte general*. Tradução espanhola da 5. ed. alemã por Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002, p. 113.
- (16) **DAHRENDORF, Ralf**. *A lei e a ordem*. Tradução portuguesa de Tamara D. Braille. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997, p. 61.

ÉLCIO ARRUDA

Professor de Direito Penal e de Processo Penal.
Mestre em Direito, juiz federal

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.

A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA ENTRE O JULGAR E O FAZER DE CONTA

Fábio Ataíde

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu, como meta para os juízes brasileiros, o julgamento de todos os casos demandados até 2005. Logo, o STF criou o Núcleo de Processamento Criminal (Res. n. 385/08), com a finalidade de dar condições para pôr fim à morosidade nas ações penais que tramitam neste tribunal. Como se não bastasse, STF e STJ trataram de regulamentar a estimativa de prazos prescricionais nos processos de natureza penal (Res. Conjunta n. 01/09).

Não obstante essas atuações administrativas, milhares dos processos criminais que demandados no Judiciário até 2005 já estão fadados à prescrição retroativa, a tomar como referência a possível pena a ser aplicada no caso concreto. Por isso, muitos magistrados reconhecem antecipadamente a prescrição retroativa. A prescrição antecipada ou virtual trata-se de uma técnica segundo a qual o julgador analisa a provável pena a ser aplicada, antes mesmo do julgamento da causa. Assim, verificando que a ação penal será considerada prescrita no futuro, reconhece-se desde já a prescrição que de fato irá acontecer.

Neste particular, ao contrário da tendência do processo penal moderno, tanto o STF (cf. HC 94.757-3/08), como também o STJ (cf. HC 111.330, DJe 09.02.09), parecem seguir em um campo meramente burocrático, sem identificar as razões práticas que levam os juízes a encontrar na prescrição antecipada uma saída para a retomada da efetividade do sistema punitivo.

Em linhas gerais, a jurisprudência dos tribunais tem afastado a aplicação da prescrição antecipada, ignorando enfoques práticos e a utilidade que isso pode representar para o andamento de processos judiciais. Dessa forma, muitos processos continuam tramitando sem que seja possível tirar deles qualquer efeito na proteção de bens jurídicos. São ações que, quando resultam em condenação, acabam atingidas pela prescrição retroativa, perdendo o Estado o poder de aplicar qualquer sanção.

Reforça o aspecto alegórico da lei penal a crença num Judiciário preso à lei e incapaz de inovar, principalmente no campo penal. A derrocada do Direito Penal começa com seu simbolismo. Pode parecer contraditório, mas a lei penal encontra adversários também dentre seus árduos defensores, que acreditam poder defendê-la por inteiro, sem ter de extirpar uma parte para salvar o todo.

O simbolismo penal vincula-se, primitivamente, à ideia de criminalização como fator de dissipação do medo social.

confirma assim o temor como alicerce do Estado Absoluto, de modo que o medo coletivo aparece como estopim de uma legislação penal simbólica e dissipadora do terror. Para o filósofo, de nada adianta uma lei conferir direitos se não existisse o medo da punição; afinal, “é inútil toda lei que possa ser violada sem castigo”⁽¹⁾, ou seja, se os juízes deixam de punir os infratores, serão os homens honestos que perderiam a liberdade⁽²⁾. É assim que o *punir* torna-se um ato político de afirmação do poder do Estado.

Não é necessário abrir aspas para dizer que a rejeição da prescrição antecipada somente vem a reforçar o fenômeno da lei penal simbólica, assegurando uma pseudoproteção aos bens jurídico-penais. Como se já não bastasse as cifras negras, temos, dentre os casos que finalmente chegam à Justiça, uma quantidade significativa de processos que continuam a ocupar a atenção da Justiça sem que sejam capazes de produzir efeito prático.

Juízes criminais não precisam continuar fazendo de conta que estão julgando. A forma como vem sendo tratado esse tema nos tribunais revela a elevada importância que se dá às normas simbólicas, inapta às finalidades para as quais são concebidas. O simbolismo penal acontece de maneira generalizada no sistema punitivo, desde institutos como a fiança até o momento da ressocialização do sentenciado.

Fazendo uma análise do instituto em estudo à luz do princípio da proibição da proteção deficiente, cabe esclarecer que a questão da prescrição antecipada não é meramente formal, mas abrange aspectos para a real proteção dos direitos fundamentais. Não é tempo de repreender juízes que reconhecem a prescrição antecipadamente; essa técnica trata-se de um meio capaz de justificar os fins aos quais prestam o Direito Penal protetor de bens jurídicos em última instância. À vista disso, não será difícil inferir que a proteção da liberdade poderia muito bem fundar a

opção de deixar para um plano secundário as ações penais incapazes de proteger ditos bens. Para que assim fosse, no exame do caso concreto, o valor dos processos velhos precisa ser ponderado com o dos novos, provavelmente mais sujeitos a produzir resultados práticos efetivos na proteção de direitos fundamentais.

Se queremos estabelecer novos parâmetros para uma justiça do futuro, é chegado o momento de sacrificar o sangue de velhas ideias. Em tempo de crise social e econômica, ainda não encontramos meios de racionalizar o sistema penal para poupá-lo de gastos desnecessários.

Se queremos estabelecer novos parâmetros para uma justiça do futuro, é chegado o momento de sacrificar o sangue de velhas ideias. Em tempo de crise social e econômica, ainda não encontramos meios de racionalizar o sistema penal para poupá-lo de gastos desnecessários.

para poupá-lo de gastos desnecessários. Como se não bastasse a precipitação da impunidade, inclusive nas instâncias superiores, resta entender que diversas outras crises estão bombardeando o Direito Penal, cuja resistência depende de meios que deem maior eficácia estratégica às escolhas punitivas, o que passa pela aceitação da prescrição antecipada.

A prescrição pode ser até virtual, mas os ganhos com a sua decretação são reais. Não há dúvida de que a tramitação de processo fadado à prescrição apenas consome o tempo jurisdicional que estaria disponível para outras hipóteses cuja proteção de bens jurídicos poderia ser mais eficaz. A experiência jurisdicional do caso concreto mostra ser relativamente fácil aos operadores antever a pena aplicável ao acusado. Cabe ainda considerar, quando da análise da pena provável, a orientação pioneira do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁽³⁾, segundo o qual a demora excessiva do processo pode ser levada em conta na aplicação da pena como uma atenuante inominada (art. 66, CP). Para esse efeito, a própria demora do processo pode justificar a atenuação da pena-base, ajudando a estabelecer critérios para demonstração da pena provável aplicável.

Contudo, muitos tribunais ainda não perceberam os efeitos colaterais que o processamento de ações penais sem nenhuma utilidade causa sobre outros processos que poderiam dar algum resultado. Ocupar um juiz com o trâmite de um caso sem utilidade, muitas vezes amparando a busca de testemunhas que nem ao menos lembram dos fatos, é o mesmo que impedi-lo

de dar andamento aos outros casos com real consequência para a proteção de bens jurídicos fundamentais.

explica que “as ciências, e assim toda a formulação de suas proposições, servem ao homem e na medida em que se revelem aptas a satisfazer as finalidades últimas deste”. Para o autor, o “processo sabidamente inútil não implica apenas a perda de atividade pública já desenvolvida; implica aumento de despesas e, por isso, de patrimônio e de serviços públicos, e, mais, incremento da burocracia estatal judiciária, já suficientemente atingida

pelo desconcomunal número de processos em curso e em diária distribuição”.

O Estado tem o Direito Penal à disposição para enfraquecer o domínio da violência privada, mas pode conseguir justamente o contrário quando opta por dar mais força à punibilidade. E é assim que os tribunais não poderiam dar aos juízes um comando de não-efetividade, mas acabam referendando o não-julgar quando orientam instruir processos incapazes de proteger bens jurídicos. Na prática judiciária, já não se sabe onde termina o julgar e começa o fazer de conta, afinal de contas.

NOTAS

- (1) HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. 3ª ed., trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 222.
- (2) *ibidem*, p. 212.
- (3) TJRS. Ap. crime n. 70.007.100.902, 5ª C. Crim., Rel. Luís Gonzaga da Silva Moura, j. 17/12/03.
- (4) *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 72.

Fábio Ataíde

Juiz de Direito/RN, mestre em Direito e professor de Direito Penal (UFRN)

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAI: A NOVA RAINHA DAS PROVAS?

André Boiani e Azevedo e Eric Ribeiro Piccelli

Há tempos os militantes em ações penais relativas a crimes contra a ordem tributária percebem a tendência do órgão acusador a fundamentar sua pretensão condenatória exclusivamente no procedimento administrativo-fiscal que teve curso em desfavor da empresa de propriedade do acusado, ou da qual este era administrador. Isso se percebe pelo cuidado que normalmente tem a acusação em narrar como se deu a respectiva fiscalização, praticamente reproduzindo os termos da *representação fiscal para fins penais* que usualmente instrui a inicial acusatória.

O que parece preocupante, porém, é que nesse campo o Judiciário passou a sistematicamente admitir como prova suficiente à condenação criminal a mera “ratificação” em Juízo dos termos do procedimento administrativo-fiscal que serviu de base à denúncia, sem dedicar atenção às inúmeras e fundamentais diferenças existentes entre os princípios regentes dos processos criminais e administrativo-tributários, as quais impedem essa admissão.

Não se discute que a Constituição da República (CR) consagra, no inciso LVII de seu artigo 5º, o princípio segundo o qual ninguém pode ser considerado culpado sem que contra si milite sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Trata-se de garantia fundamental cujo alcance é de especial magnitude, e que molda o sistema penal não apenas em seu aspecto material, mas também em sua faceta processual. É em razão dela que vigora, em processo penal, o axioma de que o ônus da prova da existência de um delito – e aqui se fala em autoria e materialidade – é todo da acusação⁽¹⁾. Por conta dela, diferentemente do que se dá na esfera civil, na seara penal o *onus probandi* não perde relevo nem mesmo ante a ausência de *aceitável contestação do denunciado* – tanto que lhe é facultado *silenciar* ou, até mesmo, *mentir*, exatamente porque a acusação dispõe de todo o aparato estatal para

fazer valer suas alegações, enquanto o denunciado se vê em posição de evidente hipossuficiência nesse aspecto.

Assim, nesse particular, a Carta de Outubro delinea um mecanismo garantidor que só pode ser desconstituído por prova *peremptória* de que o *script* acusatório procede. Nisso é seguida pelo CPP, cuja conformação atual proíbe o Magistrado de exarar sentença condenatória lastreada unicamente em material colhido antes de iniciado o processo-crime a ser sentenciado, o que está claramente previsto no *caput* de seu artigo 155, de sorte que, ainda que um acusado não consiga comprovar que é inocente, assim será considerado se a acusação não lograr êxito em demonstrar, cabalmente, o contrário. Nos domínios do processo criminal, essa é uma verdade absoluta: nele não há espaço algum para *presunções* de culpa, só para a *certeza*; do contrário se esvaziaria, por completo, a aludida garantia constitucional.

O procedimento administrativo de cunho tributário, por outro lado, é regido por legislação e princípios próprios, muitas vezes diversos dos acima comentados, pelo que nele se permite até mesmo que o particular sofra condenação em virtude de *presunções* que lhe desfavoreçam, as quais, justamente por isso, são *inaplicáveis a priori* ao ambiente processual penal.

É corriqueiro, em sede administrativo-tributária, que, na ausência de “explicação detalhada”, a critério da autoridade administrativa, quanto à circulação de dinheiro na conta-corrente de um particular objeto de fiscalização, a Receita Federal (RF) simplesmente *presuma* que estaria evidenciada a prática de ilícitos geradores de créditos em favor da União. Ou seja, diante da dúvida, resolve-se a questão, por *presunção*, em favor do Estado e em detrimento do particular, mesmo porque, como já reconheceu o Egrégio Tribunal Federal da 2ª Região, o fisco *tem interesse próprio envolvido nessa fis-*

calização, podendo ser, e o é muitas vezes, parcial nas suas análises e averiguações.

Essa espécie de construção, todavia, não pode ser acriticamente transportada para o Juízo Criminal.

Parece claro que as *presunções* da Administração que importem na lavratura de auto de infração contra um dado contribuinte *não podem se prestar a justificar, por si mesmas, sua condenação criminal*, sob pena de subversão do princípio da não-culpabilidade e de violação ao correspondente regramento processual penal. Afinal, se a condenação administrativa vem fundada em *presunções* formuladas em prol do fisco e em detrimento do contribuinte, não perde tal específico caráter simplesmente por ter sido trazida à apreciação do Judiciário. Um procedimento fiscal não passa a ser regido pelas mesmas diretrizes que regulam o processo penal apenas por instruir uma denúncia, e não se transmuta automaticamente, nessa hipótese, em *prova plenamente aceita* sob a égide do citado princípio e regramento, sob pena de violação aos artigos 5º, LVII, da CR, e 155 do CPP.

Percebe-se, então, o quão frágil costuma ser o sustentáculo da tese acusatória quando se está a tratar de delitos contra a ordem tributária: usualmente não vem amparada por prova cabal quanto à sua veracidade, mas apenas por uma representação à qual se tenta equivocadamente emprestar esse valor. Lamentavelmente, o que se verifica nesses casos é a negação de todo o sistema penal de garantias acima exposto, mediante a prolatação, com frequência assustadora, de sentenças condenatórias que encontram fundamento não em provas regularmente produzidas na ação penal, mas sim, em *presunções administrativas*.

Tem-se concedido à representação fiscal para fins penais o cunho de *rainha das provas* que uma vez pertenceu à confissão, e que dela foi retirado porque um elemento

probatório desse jaez simplesmente não pode existir se o que se pretende colocar em prática é um processo penal *democrático*.

Não se pode olvidar, ainda, que créditos tributários originados de autos de infração costumam sofrer acréscimos consideráveis, tais como multa que pode chegar a cento e cinquenta por cento do valor do principal da dívida que o Fisco afirma existir - e isso, inegavelmente, pode levá-lo a, por meio de seus agentes, *presumir* certos fatos que lhe beneficiem, no afã de incrementar sua arrecadação. Não é raro constatar-se, ao longo da instrução de um processo criminal, que as únicas "provas" produzidas pelo *Parquet* são depoimentos dos agentes fiscais responsáveis pela condução do procedimento administrativo indicado na denúncia, os quais evidentemente nada fazem além de

tentar repetir o que dele fizeram constar - até mesmo para justificar as ações que praticaram. Evidentemente, não é o bastante para amparar uma condenação.

Enfim, pensam os autores que é absolutamente inviável conceder-se a uma representação fiscal para fins penais fundada em *presunções* um *status* jurídico superior ao de *indício* da prática de crime, *indício* esse que pende de confirmação por meio de *prova* cuja produção em Juízo é ônus exclusivo do *dominus litis*. E que essa prova, em processo penal que se pretende democrático, não pode ficar limitada à mera ratificação, por parte dos agentes fiscais.

NOTAS

(1) "Afirmar que ninguém poderá ser considerado cul-

pado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória *implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria*" (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.282.

(2) Apelação Criminal 98.02.19601-0/RJ, rel. Juiz CARREIRA ALVIM, 1ª T. julgado em 21.03.2000, DJ 06.09.2001- destacou-se.

André Boiani e Azevedo

Mestre em Direito Penal pela PUC/SP.
Professor de Direito Penal e
Processual Penal na UNIP.
Advogado criminalista

Eric Ribeiro Piccelli

Especialista em Direito Penal pela
Universidade Nove de Julho.
Advogado criminalista

A QUESTÃO DA RETROATIVIDADE DAS CIRCULARES DO BANCO CENTRAL NO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS

Gauthama Fornaciari de Paula

Uma das questões mais polêmicas e tormentosas na seara do direito penal econômico pátrio diz respeito à norma penal em branco do crime de evasão de divisas na modalidade de manutenção não declarada de depósito no exterior, do art. 22, par. ún., 2.ª parte, da Lei 7.492/86, e a retroatividade ou não do seu complemento veiculado em circulares do Banco Central⁽¹⁾. Reflexo dessa discussão é a recente análise crítica de acórdão do TRF da 4.ª Região feita por

no caderno de Jurisprudência do *Boletim* do de junho de 2009⁽²⁾, que discordava da *impossibilidade* de retroatividade benéfica de circular posterior, sustentada no julgamento da apelação nº 2003.70.00.051539-8 (8ª T., rel. des. fed. , j. 06.05.2009, DE 13.05.2009)⁽³⁾.

Não obstante respeitarmos os fundamentos da posição contrária⁽⁴⁾, entendemos que as circulares posteriores não podem retroagir para beneficiar o réu. Com efeito, o complemento das circulares do BC, que completa a norma penal em branco do art. 22, par. ún., 2.ª parte, da Lei 7.492/86, tem natureza temporária, pois estabelece nítido condicionamento temporal específico sobre os fatos a ela sujeitos. Segundo esse ato administrativo de caráter normativo, o titular de ativos no estrangeiro de determinado valor deve, no período nele indicado, declarar ao BC a sua posição no dia 31 de dezembro do ano anterior. Por exemplo, consta da Circular 3.442/2009, que o titular de ativos no exterior, a partir do montante de US\$ 100 mil, deve, no período de 30 de março a 29 de maio de 2009, declarar

a sua posição na data-base de 31 de dezembro de 2008⁽⁶⁾. A fixação de valores e de períodos específicos para a declaração também constou de todas as circulares anteriores

sobre a matéria, e refletem a variabilidade da execução da política cambial diante das mudanças de conjuntura econômica⁽⁷⁾. Transcorrido o prazo *in albis*, sem a declaração, o agente incorrerá na figura típica⁽⁸⁾. Trata-se, *in casu*, de norma penal em branco heterogê-

nea de complemento de natureza *excepcional ou temporária* que nunca retroage, e sempre se aplica aos fatos submetidos à vigência da norma complementadora, ainda que esta tenha sido modificada, por ser dotada de *ultratividade*. Incide na hipótese a regra do art. 3.º do Código Penal, pelo qual, "a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência". Sua finalidade, como observa

, é a de *assegurar o efeito regulador das normas de referência*, evitando um desequilíbrio e um desrespeito generalizado da lei penal em circunstâncias emergenciais ou transitórias. Do contrário, os agentes praticariam a conduta proibida na esperança da impunidade ao término da vigência da lei temporária ou cessada a situação excepcional⁽¹¹⁾. No delicto em comento, a informação sobre a posi-

ção dos Capitais Brasileiros no Exterior é imprescindível para o BC traçar a política cambial do País, que, aliás, corresponde ao bem jurídico tutelado pela incriminação da

evasão de divisas⁽¹²⁾. Não há nada de estranho nessa solução jurídica, pois a existência de normas penais em branco com complementos temporários ultrativos é muito frequente no direito penal econômico, especialmente na regulação de *preços e divisas*, como

observou. Logo, eventual edição de circular posterior não pode retroagir para beneficiar o réu.

Por fim, anotamos que essa conclusão não impede a análise do problema sob a ótica da tipicidade material da conduta⁽¹⁴⁾. É o caso, p. ex., de quem tinha depósitos inferiores a R\$ 300 mil nos anos de 2001 e 2002 e deixou de declará-los ao BC. Como muito bem ressaltado por e , embasados no *Relatório de Capitais Brasileiros no Exterior (2001-2005)*, o aumento do montante a ser declarado de R\$ 10 mil para R\$ 300 mil ocorrido em 2003, "deveu-se ao fato de 'a participação de pequenos investimentos no exterior' ter demonstrado 'pouca representatividade frente aos totais apurados'". Ora, se o próprio BC considerou irrelevantes para executar a política cambial os montantes abaixo de R\$ 300 mil na data-base de 31 de dezembro dos anos de 2001 e de 2002,

Segundo esse ato administrativo de caráter normativo, o titular de ativos no estrangeiro de determinado valor deve, no período nele indicado, declarar ao BC a sua posição no dia 31 de dezembro do ano anterior.

verifica-se que, nessas hipóteses, não houve lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo. Isto é, embora os fatos fossem formalmente típicos, eram, na verdade, materialmente atípicos. Assim, se for provado que a ausência de apresentação da CBE não prejudicou a condução da política cambial, o fato será materialmente atípico. Tal análise ganha maior relevo diante da magnitude das reservas cam-
www.ibccrim.org.br/tvibccrim/?sessao=eventos&video=>biais brasileiras, hoje, em mais de US\$ 200 bilhões⁽¹⁶⁾. Daí, pergunta-se: é possível a afetação do bem jurídico nessa circunstância? Fica mais essa questão para suscitar o frutífero debate de ideias.

NOTAS

- (1) A polêmica gira em torno da alteração do valor do montante a ser declarado ao longo dos anos. A Circular 3071/2001 fixou o valor em R\$ 10 mil; a Circular 3110/2002, R\$ 200 mil; a Circular 3181/2003, R\$ 300 mil; por fim, as Circulares 3225/2004, 3278/2005, 3313/2006, 3345/2007, 3384/2008 e 3442/2009 fixaram o valor em US\$ 100 mil.
- (2) p. 1269.
- (3) No mesmo sentido, TRF4, ACR 2000.71.00.021894-0 e ACR 2005.70.00.008903-5.

- (4) Cf. também, **Roberto Delmanto Junior**. Manutenção de Conta Bancária no Exterior e o Crime do art. 22, parágrafo único, *in fine*, da Lei 7.492/86. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 855, São Paulo, RT, jan./2007.
- (5) Nesse ponto específico, divergimos do referido julgado do TRF4, bem como da doutrina de **Andrei Schmidt e Luciano Feldens** (*O Crime de Evasão de Divisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 185 e 186), que embora favoráveis à irretroatividade, entendem que o complemento tem natureza excepcional.
- (6) "Art. 1º As pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária, devem informar ao Banco Central do Brasil, no período compreendido entre as 9 horas do dia 30 de março de 2009 e as 20 horas do dia 29 de maio de 2009, os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda e os bens e os direitos possuídos fora do território nacional, na data-base de 31 de dezembro de 2008, por meio do formulário de Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE) disponível no sítio do Banco Central do Brasil na internet, endereço www.bcb.gov.br. Art. 2º As informações objeto da referida declaração estão relacionadas às modalidades abaixo indicadas, podendo ser agrupadas quando forem coincidentes o país, a moeda, o tipo e a característica do ativo: I - depósito no exterior; II - empréstimo em moeda; III - financiamento, leasing e arrendamento financeiro; IV - investimento direto; V - investimento em portfólio; VI - aplicação em derivativos financeiros; e VII - outros investimentos,

incluindo imóveis e outros bens. Art. 3º Os possuidores de ativos cujos valores somados totalizem montante inferior a US\$100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América) em 31 de dezembro de 2008, ou o seu equivalente em outras moedas, estão dispensados de fornecer a declaração de que trata esta Circular."

- (7) **Schmidt e Feldens**, ob. e pp. cit.
- (8) **José Paulo Baltazar Junior**. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 395.
- (9) Sobre a classificação das normas penais em branco em homogêneas, heterogêneas não temporárias e heterogêneas excepcionais ou temporárias e a possibilidade de sua retroatividade: **José Henrique Pierangeli**, *Escritos Jurídico-Penais*. São Paulo, RT, 2006, p. 129.
- (10) *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo, RT, 2007, p. 198.
- (11) Nesse sentido, ver jurisprudência do STF acerca do crime de transgressão de tabela de preços do art. 2º, VI, da Lei 1.521/1951: RE 80.544/SP, RE 80.769/SP e HC 58.614/MG.
- (12) **Schmidt e Feldens**, ob. cit., p. 178, e **Baltazar Junior**, ob. cit., p. 394.
- (13) La Ley Penal en Blanco: Concepto e Cuestiones Conexas. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 37, São Paulo, RT, jan.-mar./2002.
- (14) Sobre tipicidade formal e tipicidade material: **Cezar Roberto Bitencourt**, *Código Penal Comentado*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 6, e STF, HC 93.482/PR.
- (15) Ob. cit. pp. 185 e 186.
- (16) *Folha de S. Paulo*, 11.06.2009, p. B2.

Gauthama Fornaciari de Paula

Advogado em São Paulo

UMA QUESTÃO PENITENCIÁRIA

Eduardo Luiz Santos Cabette

Sabidamente ensina um singelo dito popular que "a pior cegueira é a daquele que não quer ver". E como exsurge verdadeiro seu conteúdo, quando se verifica o infeliz e por que não dizer, "hediondo", entendimento jurisprudencial que perdurou tanto tempo, inclusive no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão da progressão de regime nos casos abrangidos pela Lei 8.072/90. Insistia-se em não enxergar a flagrante violação ao Princípio da Individualização da Pena. Isso até o momento em que uma alteração na composição da corte constitucional brasileira possibilitou uma mudança, ainda que tardia, quanto ao entendimento da questão, declarando o regime integral fechado inconstitucional. No seguimento surge a Lei 11.464/07, que adapta a Lei 8.072/90 ao sistema constitucional, passando a permitir a progressão de regime, ainda que mediante regras mais restritivas do que nos casos que não envolvem crimes hediondos.

Superada, pelo menos até o surgimento de mais um diploma de "terrorismo penal", a questão da incompatibilidade do regime integral fechado predeterminado legalmente com o Princípio da individualização da Pena, é oportuna uma abordagem do tema sob o ponto de vista

da harmonia e mesmo governabilidade do Sistema Prisional em confronto com essa espécie de restrição inconstitucional, visando, quem sabe, "abrir os olhos" daqueles que insistem em não enxergar os malefícios de um direito penal irracional, desenvolvido em afronta aos princípios básicos que o deveriam reger.

Mais do que qualquer aspecto, o problema da progressão de regime torna-se uma questão penitenciária.

É claro que a Lei dos Crimes Hediondos e outras correlatas não puderam pôr cobro e nem mesmo reduzir a criminalidade violenta (muito ao contrário). Seus efeitos foram funestos no Sistema Prisional, aumentando a tensão e o grau de violência internos nos estabelecimentos penitenciários (sentido lato, incluindo as Cadeias Públicas). Ensejaram o surgimento de uma categoria de presos que nada tinham a perder, presos estes os mais perigosos, o que possibilitou o surgimento de lideranças internas que conformaram verdadeiras organizações criminosas no próprio seio do Sistema Prisional erigido para conter a criminalidade. E este é um cancro que demorará muito para ser curado, se é que um dia o será.

O aumento vertiginoso da superlotação, as rebeliões que se tornaram uma constante

no cotidiano desses estabelecimentos, foram continuamente minando a legitimidade do Estado ao impor a pena privativa de liberdade, pois que esta não traduzia qualquer ação concreta que não fosse no sentido de deteriorar, ainda mais, o delinquente. Por consequência, não havia proteção da sociedade nem a longo, nem a curto prazo. A longo prazo, o egresso retornava ao seio social mais empedernido e perigoso. A curto prazo, as constantes rebeliões colocavam, dia a dia, em perigo a incolumidade dos próprios presos, dos funcionários, da população e do patrimônio público.

Os motins e fugas, logicamente, não foram motivados *somente* pela eliminação do Sistema Progressivo nos Crimes Hediondos. No entanto, este foi certamente um fator importantíssimo no fomento dessas condutas. Qualquer um que tenha tido contato com o Sistema Prisional na década de 90 e faça uma breve comparação com a situação atual pode perceber uma nítida mudança na frequência de rebeliões e motins.

Destaca-se a dificuldade no tratamento com esse tipo de preso, o qual nada tinha a perder com seu procedimento intramuros. De qualquer modo, cumpriria a pena no regime integral fechado, independente de seu bom ou mau proceder.

A não ser que se pretenda retornar à barbárie e impingir penalidades corporais nos estabelecimentos penitenciários⁽¹⁾ para manter a ordem e a autoridade, com que espécie de controle pode contar a direção no trato com esse tipo de detento?

Ao mencionar o tema em brilhante palestra proferida no “6º Simpósio Justiça Penal Críticas e Sugestões”⁽²⁾,

expôs a criação de presos incontáveis pelo excesso ou “voluptuosidade” repressiva do legislador contaminado por um “Direito Penal Simbólico”.

Parece que se cumpriu o pensamento de ao sentenciar que “a verdade é filha do tempo, não da autoridade”, caminhando o entendimento no sentido da retomada do regime progressivo, se não em virtude dos argumentos legais, ao menos pela visão contundente da realidade.

Já ensinava que “a moral política não pode proporcionar à sociedade nenhuma vantagem durável, se não for fundada sobre sentimentos indeléveis do homem. Toda lei que não for estabelecida sobre esta base encontrará uma resistência à qual será constrangida a ceder”.

Ora, o regime integral fechado, aplicada àqueles criminosos considerados, ao menos em tese, mais perigosos em face da gravidade das infrações cometidas, eliminando-lhes qualquer esperança de pro-

gresso na recuperação escalonada da liberdade, só produz verdadeiros “monstros”, transformando-os em homens que nada têm a perder. A natureza humana nessas situações conduz a uma liberdade de ação em antagonismo frontal ao que se pretende impor ao criminoso (restrição dessa mesma liberdade), pois quem nada tem a perder, tudo pode.

Ilustra com maestria o acima exposto uma passagem literária do escritor

com a qual encerramos, na esperança de que, talvez um dia, os juristas possam alcançar a sensibilidade dos artistas na compreensão do ser humano:

“Tive um amigo, Hans HoeKendijk, um holandês que esteve prisioneiro num campo de concentração alemão. Contou-me de sua experiência com a morte. A guerra já chegava ao fim e os prisioneiros acompanhavam num rádio clandestino o avanço das tropas aliadas e já faziam o cálculo dos dias que os separavam da liberdade. Até que o comandante da prisão reuniu a todos no pátio e informou que, antes da libertação, todos seriam enforcados. ‘Foi um grito de lamentação e horror (...) seguido da mais extraordinária experiência de liberdade que jamais tive em minha vida’, ele disse. ‘Se vou morrer dentro de dois dias, então nada mais importa. Não há sentido em me guardar, não há sentido em ser prudente. Não preciso pre-

tender ser outra coisa do que sou. Posso viver minha verdade, pois nada pode me acontecer. Não preciso de máscaras. Tenho permissão para a honestidade total. Posso ir ao guarda nazista, que sempre me aterrorizou, e dizer a ele tudo o que sinto e penso... Que é que ele pode me fazer?’”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Rubem. *O quarto do mistério*. Campinas, Papirus, 1995.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro, Ediouro, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir - História da violência nas prisões*. Trad. Raquel Ramalheite. Petrópolis, Vozes, 1996.

NOTAS

- (1) Michel Foucault, *Vigiar e Punir - História da Violência nas Prisões*, passim.
- (2) Realizado pelo Centro de Extensão Universitária em 21 de Novembro de 1998, em São Paulo/SP.
- (3) BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. p. 24/25.
- (4) ALVES, Rubem. *O quarto do mistério*. p. 222/223.

Eduardo Luiz Santos Cabette

Delegado de Polícia; Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia; Mestre em Direito Social e professor de Direito Penal, Processo Penal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na Unisal

COM A PALAVRA, O ESTUDANTE:

POSSIBILIDADE DO LITISCONSORTE PASSIVO DE FORMULAR PERGUNTAS AO CORRÉU

Vitor Eduardo Tavares de Oliveira

Trata-se de *paper* para colher subsídios e opinar sobre a possibilidade jurídica de um dos litisconsortes penais passivos, invocando a garantia do *due process of law*, ver assegurado o seu direito de formular reperguntas aos corréus, quando do respectivo interrogatório judicial. A questão já está se consolidando na jurisprudência pátria⁽¹⁾, todavia, pelo amor ao debate, buscar-se-á analisar os prós de tal medida na persecução penal, tudo com esteio no texto constitucional.

No que concerne à análise do Processo Penal cabe destacar dois pontos cruciais para seu estudo antes de adentrar na seara mencionada, quais sejam, a análise do direito processual penal com as lentes da Constituição Federal que deve permear tal estudo e a verificação do interrogatório como um ato de defesa ou meio de prova.

A análise do Processo Penal (normas e princípios) sempre estará submetida aos ditames constitucionais e, como justificati-

va para tanto, cabem as lições de que asseverou em sua teoria pura a formulação da ideia de

. Assim, quando a norma é positivada, dela não devem mais ser elaborados juízos de valor, apenas juízos de direito (Pirâmide). Não que fosse um desumano despreocupado com valores e fins sociais, o que ele pretendeu foi dar

ao Direito.

Cabe indagar, ainda, se o interrogatório do réu é um ato de defesa ou meio de prova (direito ou um ato processual necessário)? Para tentar desanuviar tal questão faz-se

necessária menção aos sistemas acusatório, adotado pela Constituição Federal⁽³⁾, e inquisitório que possui traços na Lei proces-

No que concerne à análise do Processo Penal cabe destacar dois pontos cruciais para seu estudo antes de adentrar na seara mencionada, quais sejam, a análise do direito processual penal com as lentes da Constituição Federal que deve permear tal estudo e a verificação do interrogatório como um ato de defesa ou meio de prova.

sual penal, principalmente na possibilidade do juiz solicitar a produção de provas. O sistema inquisitorial é parte da história do ordenamento jurídico brasileiro e está presente no Código de Processo Penal, editado em 1941, portanto, antes da Constituição Federal de 1988.

Diante disso, alguns autores sustentam a adoção de um sistema misto, o que não parece adequado, pois ou o sistema é acusatório ou inquisitório.

afirma que o Brasil utiliza um sistema inquisitorial, apesar de as normas constitucionais orientarem o sistema para acusatório⁽⁴⁾. Trata-se, assim, de questão que foge ao presente estudo, mas adotando o sistema que a Constituição preceitua, o Brasil utiliza (ou deveria utilizar) o sistema acusatório.

No sistema acusatório, o interrogatório do réu é um “Direito”, ou seja, ato de defesa e cabe a ele decidir se irá submeter ou não. Entretanto, pelas incongruências do nosso ordenamento tem-se que o interrogatório do réu é parte integrante do trâmite processual (art. 185 e 260 do CPP), desse modo, cabe saber se o interrogatório do réu é elemento de convicção do juiz ou apenas um ato de defesa.

Partindo do pressuposto que o interrogatório do réu é um ato de defesa⁽⁵⁾ (e que ele pode se recusar a se submeter a tal procedimento), exercendo-o esse Direito ter-se-á inaugurado a obrigação do Estado de garantir os direitos constitucionais como a garantia constitucional do *due process of law*, que segundo o Supremo Tribunal Federal: “*permite nela (garantia constitucional do “due process of law”) identificar alguns elementos essenciais à sua própria configuração, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes passivos, quando existentes*”⁽⁶⁾.

Além disso, frise-se que o Brasil é signatário de vários tratados sobre direitos humanos e que a preocupação de uma persecução ao indivíduo/cidadão é destaque em vários textos, entre eles pode-se citar o art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica⁽⁷⁾ (OEA).

Diante disso, a norma infraconstitucional inserida no art. 188 do CPP informa que, “*após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante*”⁽⁸⁾. Além disso, farta doutrina⁽⁹⁾ esmiúça o assunto e aponta a necessidade dos litisconsortes passivos, invocando a garantia do *due process of law*, verem assegurado o seu direito de formular perguntas aos corréus. “*Ora, há patente percepção de que os questionamentos a serem realizados pelas partes, visando esclarecimentos no âmbito do interrogatório, após a inquirição dinamizada pelo juiz, foram introduzidos visando à efetividade da ampla defesa e contraditório*”⁽¹⁰⁾.

Além disso, o resultado concreto na formulação

de perguntas ao corréu, realizado pelo advogado do litisconsorte passivo, ajudaria a fundamentar a sentença ou decisão jurisdicional e dirimir algumas dúvidas que o magistrado possa vislumbrar na persecução penal.

Por todo o exposto, verifica-se que a norma constitucional que adota o sistema acusatório, a norma infraconstitucional do Código de Processo Penal e a jurisprudência do Pretório Excelso estão todas no mesmo sentido de assegurar o princípio da ampla defesa e contraditório, permitindo a participação do advogado do corréu de formular perguntas aos demais corréus, nos seus respectivos interrogatórios. O dispositivo do art. 188 do CPP e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reforçam as garantias processuais já inscritas na Constituição Federal e abrilhantam nosso direito pátrio, reafirmando a escolha de um Direito Penal garantista a todos os cidadãos brasileiros.

NOTAS

- (1) STF - Habeas Corpus nº 94.601/CE, Habeas Corpus 94.016/SP e AP 470-Agr/MG.
- (2) Mesmo o positivismo jurídico ter sofrido fortes críticas e estarmos num momento de pós-positivismo (análise da eficácia da norma), a ideia de ordenamento jurídico é extremamente válida e encontra suporte no nosso sistema jurídico nacional, sendo uma ideia defendida por inúmeros juristas como **Norberto Bobbio**.
- (3) Nesse sentido, **Geraldo Prado**, In: **IBCCRIM**, Garantia e Investigação Criminal, Laboratório de Ciências Criminais. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim/?sessao=eventos&video=>>>. Acessado em: 02/03/2008.
- (4) **LOPES JUNIOR, Aury**. Introdução Crítica do Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- (5) No mesmo sentido: O interrogatório, para mim, embora seja também meio de prova, é preponderantemente meio de defesa. **CARVALHO, Amilton Bueno de**. Nós juízes, inquisidores (ou, Da presença do advogado no interrogatório). Disponível em: <<http://www.aurylopes.com.br/art0010.html>>. Acessado em: 10/03/2009.
- (6) STF - Habeas Corpus nº 94.601
- (7) Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.
- (8) Brasil, Código Penal Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).
- (9) **ADA PELLEGRINI GRINOVER**. O interrogatório como meio de defesa (Lei 10.792/2003). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 53/185-200; **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**. Código de Processo Penal Comentado. p. 387, item n. 3, 6ª ed., 2007, RT; **DAMÁSIO E. DE JESUS**. Código de Processo Penal Anotado, p. 174, 21ª ed., 2004, Saraiva; **DIRCEU A. D. CINTRA JR.** Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisdicional, coordenação: **ALBERTO SILVA FRANCO** e **RUI STOCO**. p. 1.821, 2ª ed., 2004, RT; **FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO**. Processo Penal vol. 3/269-273, item n. 1, 28ª ed., 2006, Saraiva, v.g..
- (10) **SILVA, Amaury**. Atuação da defesa do co-réu no modelo de interrogatório introduzido pela Lei 10.792/2003. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>, 04.03.2009.

Vitor Eduardo Tavares de Oliveira

Aluno do 9º semestre da Graduação em Direito do UniCEUB, aluno-pesquisador do 8º PIC/UniCEUB/CNPq (2º/2008-1º/2009), aluno-bolsista do United Nations Institute for Training and Research (UNITAR), no curso de Direito Ambiental Internacional (Environmental Law Programme (ELP)), aluno-pesquisador dos grupos de pesquisa Mercosul (UniCEUB), Novas Tendências do Direito Público (UniCEUB) e Internacionalização dos Direitos (UniCEUB/Collège de France) e monitor da Professora Samantha Meyer-Pflug.

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

ANÚNCIO RT