

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

200 EDIÇÕES DE MUITA CIÊNCIA PARA CONTAR

Em fevereiro de 1993, o saudoso **Antonio Carlos Franco** inaugurou as primeiras palavras impressas em um dos veículos de comunicação científica que, dezesseis anos depois, seria considerado o principal **Boletim** de produção científica em matéria criminal do País, fonte permanente e indispensável de atualização para todos aqueles que de alguma forma trabalham com o Direito Penal e com o Processo Penal, ou mesmo para profissionais de outras áreas correlatas que necessitam de uma contínua renovação em seus conhecimentos.

Em texto sintético, com apenas 4 parágrafos, iniciava-se um caminho sem volta. Felizmente! O tempo passou e o cresceu, amadureceu, ganhando conteúdo e proporção inimagináveis.

Hoje, 200 edições depois, com penetração e alcance em todo o País, o faz escola, informa e forma opinião com 10 artigos mensais – em média – e repertório com os mais recentes e importantes julgados dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais dos Estados, brindando os associados e leitores em geral com o que existe de mais atual e polêmico na apaixonante área das Ciências Criminais.

Quantas palavras são necessárias para produzir ciência? 10, 100, 1.000? A ciência crítica moderna não precisa ir além de 4 parágrafos, como o fez **Antonio Carlos Franco** no nascedouro do periódico, para expor uma crítica sistemática, apresentar uma proposta de lei ou comentar algum julgado importante.

Alguém questionaria a robustez científica da seguinte crítica feita no 32, de agosto de 1995: “*É francamente lamentável – e mesmo paradoxal – que um Direito Penal, de origem tão autoritária, ganhe força e expressão alguns anos após ter o Brasil se incorporado no rol dos países democráticos.*”?

Foram tantos amigos colaboradores: advogados, delegados de polícia, promotores, procuradores, juízes, desembargadores, ministros de Es-

tado e de Tribunais Superiores, professores, pesquisadores, estudantes, etc.

Foram 200 campos científicos semeados que resultaram em frutos responsáveis pela melhora ou manutenção dos direitos e garantias fundamentais. Toda a coletividade ganhou.

O princípio fundamental da República Federativa do Brasil – a dignidade da pessoa humana – tem ao seu lado um importante aliado mensal impresso para a divulgação crítica das diversas realidades nacionais no que diz respeito à aplicação das leis penais e processuais penais, conforme observado com propriedade em editorial publicado

na edição comemorativa do 15º aniversário do **IBCCRIM** (outubro/2007).

As ciências criminais mostram-se fortalecidas, assim como os princípios da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, da legalidade. Basta comparar a linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal desde 1993 até as recentes teorias da força normativa dos princípios e da atuação supletiva do Judiciário Constitucional nas lacunas do Poder: *HC 82.959*, quando, em controle difuso de constitucionalidade, o STF atribuiu à sua decisão efeitos *erga omnes*; no *MI 107*, quando o STF posicionou-se no sentido da autoaplicabilidade do mandado de injunção; e as súmulas vinculantes 11 e 13 onde o STF vai além dos limites meramente interpretativos, em nome da defesa dos princípios constitucionais da moralidade e da dignidade humana.

A relevância dos temas abordados e dos autores colaboradores prova, quase de forma cartesiana, a indispensabilidade do nosso querido e já consagrado para o progresso das ciências criminais brasileiras.

Parabéns ! Parabéns a todos que, diuturnamente, materializam sonhos e dão publicidade aos posicionamentos contra inconstitucionalidades, ilegalidades e abusos de poder.

Duzentos campos foram semeados. Frutos foram colhidos. Ciência foi produzida. O espaço está democraticamente aberto.

Habemus Scientiam!

A relevância dos temas abordados e dos autores colaboradores prova, quase de forma cartesiana, a indispensabilidade do nosso querido e já consagrado **Boletim do IBCCRIM** para o progresso das ciências criminais brasileiras.

EDITORIAL:

- 200 EDIÇÕES DE MUITA CIÊNCIA PARA CONTAR 1
- **BOLETIM COMO VEÍCULO DO IBCCRIM**
Ranulfo de Melo Freire 2
- **BREVE NOTÍCIA SOBRE O PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL 156/2009, QUE TRATA DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.**
Maria Thereza Rocha de Assis Moura 4
- **DIREITO PENAL, LITERATURA E REPRESENTAÇÕES**
Fabio Roberto D'Avila 6
- **O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: PRIMEIRAS ANOTAÇÕES**
Antonio Magalhães Gomes Filho 8
- **O NEGRO POBRE, O REPÓRTER E A MÍDIA**
Marcus Alan de Melo Gomes 10
- **A REGRA DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró 12
- **BAGATELAS**
Adauro Suannes 14
- **REFORMA PROCESSUAL PENAL E O RECONHECIMENTO DE PESSOAS: ENTRE A ESTAGNAÇÃO E O GRAVE RETROCESSO**
Aury Lopes Jr. 16
- **MEIOS INVASIVOS DE BUSCA DE PROVAS: INCOMPATIBILIDADE COM A DEMOCRACIA**
Maria Lucia Karam 17
- **A MUDANÇA NO TRATAMENTO DO INTERROGATÓRIO**
Antonio Scarance Fernandes 19
- **A RACIONALIDADE E A ESPETACULARIZAÇÃO DO DIREITO PENAL. UMA QUESTÃO DE RE-PUBLICANIZAÇÃO**
Wellington César Lima e Silva 20
- **INCONSTITUCIONALIDADE DA MANUTENÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ANTE SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA**
Cezar Roberto Bitencourt e Daniel Gerber . 21
- **METTERE IL PUBBLICO MINISTERO AL SUO POSTO – ED ANCHE IL GIUDICE**
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho 23
- **ANENCEFALIA: UMA REVISÃO DOGMÁTICA À LUZ DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO**
Fernando Andrade Fernandes 24

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **A PROVA ORAL APÓS A REFORMA PROCESSUAL PENAL (L. 11.690/2008). INVERSÃO NA FORMULAÇÃO DAS PERGUNTAS (ART. 212, CPP). NULIDADE** 1273

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1275
- Superior Tribunal de Justiça 1276
- Tribunais Regionais Federais 1277
- Tribunais de Justiça 1279

BOLETIM COMO VEÍCULO DO IBCCRIM

Ranulfo de Melo Freire

Este , que ora chega ao ducentésimo aniversário, nasceu, com seu émulo (IBCCRIM), para curar da saúde do ser humano: tanto que seu primeiro vagido “Manifesto contra a Pena de Morte” – assina um compromisso em prol dos valores da vida no sentido amplo.

Estava escrito que, por ser dos mais antigos, me caberia algum serviço; aí entra a frase feita: “Juntou a fome com a vontade de comer”. **Frederico Marques** que entra no segundo , é mais que o nome. Afora o que aí está escrito, só resta o leitor (se eu ainda tiver aqueles cinco leitores do **Brás Cubas** de **Machado!**) aceitar um conselho: conviver com a obra de **Frederico Marques**, um sábio que, ao ensinar, dá-nos a impressão que a gente já o sabia.

Quando não se sabe o assunto, é de praxe o acadêmico dissertar, copioso, sobre a questão do método. Não sendo o meu caso, optei por falar do que sei: leitor, atencioso do , respiguei com auxílio do **Adriano Galvão** e **Isa Santos**, uma, outra amostra da coleção. Fi-lo (perdoem-me o palavão) não pelo porte do autor, mas pelo significado da matéria. Às vezes, uma coisa se confunde com a outra, mas isso é obra de algum espírito desocupado de nossa galáxia.

Exceção na metodologia do , “*Direitos Humanos e Justiça Criminal*”, de **Heleno Fragoso**, veio a constituir o Editorial do de nº 150. As razões de o ser, ditou-as a diretoria no fecho da publicação.

O Estado de São Paulo tem do que se ufanar. Embora a minha indisfarçável mineiridade, vá lá com aquilo de ser a locomotiva (etc., etc.); o respeito, que merece, o sonho do moço em 32 – mas isso de orgulhar-se das grandes marmoras (**Wenceslau**, I e II, P. S) tinha que dar no que deu: o governo **Alkmin** ter a coragem (o termo não parece ser esse) de implantar o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), através da Resolução nº 26, de 415/2001 – peça duplamente inconstitucional. O , porém, não se deixou amolgar: em Meia Ilegalidade, a figura maior do nosso Instituto, **Alberto Silva Franco**, mostrou que a Resolução “*poria em risco os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito*”. E por falar em

Alberto, seria uma grosseria ao Poder Judiciário omitir o retrato do magistrado republicano que ele esboçou em *E o “Juiz”*, 144/2.

Estou convencido – de há muito (as pessoas ingênuas são presas férteis da obviedade) – que não tropeçamos no que **Evanildo Bechara** chama (como outros, também) semanticidade: confundir Segurança Pública com segurança guarda-costas. Esta, é a “nossa” (os que estamos fora das grades), os que blindam carros, contratam “justiceiros” para “garantir” sua liberdade, a preço, às vezes, de prisões, torturas, mortes. Nós nos garantimos com guardá-los a sete chaves (vivendo Deus sabe como ou se matando). Este parágrafo seria supérfluo, se eu me limitasse a pedir ao eventual leitor que abra o ano II, Ed. Especial, outubro de 2003. Num texto que merece lido, relido, divulgado, o prof. **Nilo Batista** nos premia com invocar a estulta missão do desembargador **A. Bezerra de Moraes** (acólito do médico **Voisin**), sobre uma das importantes causas dos suicídios nas prisões: a masturbação! (“*A Reabilitação da Cela Surda*”, **Nilo Batista**, IBCCRIM, ano 11, outubro de 2003).

Sob o crivo de nosso (v., por ex., o de nº 144), nossas relações com a ONU se operam a base de reconhecimento da jurisdição universal superando os parâmetros conservadores da soberania nacional. O sucinto da apresentação é um convite para a leitura do Editorial “*Quem Tem Medo do Relator da ONU*”, referência à vinda do grande jurista argentino, **Leandro Despauy**. Sublinhe-se, a mais, texto de nosso , pondo em relevo o papel desses Relatores da ONU: “SOBERANIA, FRONTEIRAS e INSPECÇÕES da ONU (Sérgio Mazina Martins, **Alberto Silva Franco**, **Carlos Vico Mañas**, **Celso Eduardo Faria Coracini**, **Dirceu Aguiar Dias Cintra Júnior**).

Continuemos a abrir o , alter

ego do IBCCRIM.

Ana Sofia Schmidt de Oliveira era pouco mais que uma menina, quando a conheci - estagiária na Casa de Detenção, governo **Franco Montoro** - Secretaria da Justiça, **José Carlos Dias** (eu, na Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso, Funap, a coordenar o trabalho dos advogados). Ela não tinha medo (eu

tinha medo por ela), desenvolta a percorrer os pavilhões em que se empilhavam umas sete mil pessoas! Não passou indene por ali. Contagiou-a o sofrimento do preso, e apercebeu-se que o exaltar a imagem da vítima contempla, muitas das vezes, uma

Este *Boletim*, que ora chega ao ducentésimo aniversário, nasceu, com seu émulo (IBCCRIM), para curar da saúde do ser humano: tanto que seu primeiro vagido “Manifesto contra a Pena de Morte” – assina um compromisso em prol dos valores da vida no sentido amplo.

política de incriminação a gente encarcerada. Melhor é vê-la, que dissertar: “*Direitos humanos e desumanos*” (, 117, pgs.1-2).

Adauto Suannes é jurista (desembargador aposentado, advogado) artista plástico, poeta, autor de livros, estudos que engrandecem a reflexão na área da Ética.

Não podendo mostrar, aqui, suas esculturas, trago no nº 17 - “*Interrogatório é Ato Facultativo*” - para alento de quem aspira a conviver com uma boa literatura forense.

Por sensível à questão, pude analisar a resistência que sofreu **José Afonso da Silva**, na Secretaria da Justiça, de parte de pessoas do entorno do governo. **Cristiano Ávila Maronna** o entendeu bem: “*A manipulação da violência*” (nº 46).

José Carlos Dias é gente de casa. Homem que sabe falar e sabe escrever. E o que mais importa: uma das vozes mais autorizadas em prol dos Direitos Humanos. Deixe-o, então, falar: “ , *Instituto de Paz*” (, nº 179).

Há um número do , o 78, em que a emoção perturba o leitor que não é jejuno na matéria: **Índio Galdino**. Melhor, então, encaminhar o leitor para o item Jurisprudência, pág. 347, sob as luzes de **Renato Barrão Valda**.

Alberto Zacharias Toron é um advo-

gado. Daqueles de quem fala Couture - o que pode aconselhar o filho a ser, também, advogado. V. ano 10 – Edição Comemorativa – outubro de 2002, 18-17: “Advogado Criminal: Um Estorvo Perigoso”.

Angélica de Maria Mello Almeida é dessas que não podem ser nomeada por um título, por mais digno que ele seja. Talvez ela – por atuar como atua – não represente bem as mulheres na judicatura, por suposto que, algumas delas, sejam rigorosas. (Há, sempre, o perigo de o juiz ser rigoroso com os pobres!). V. o Ano 11, Edição especial, 9º Seminário “Da reprodução da discriminação de gênero”.

Cheguei a pensar numa associação dos interessados na temática dos Direitos Humanos (não só os da área do Direito). Não haveria óbices maiores, na composição do colégio, porque a Presidência, por unanimidade dos sufrágios, recairia no nome da professora Flávia Piovesan. V. Boletim 153, pág. 8.

O n° 82 trouxe-nos valiosa testemunha da ditadura de 1964, mormente dos mecanismos de resistência que acabam por inviabilizar esses regimes. V. “O Advogado, o Bêbado e a Equilibrista”, de Belisário dos Santos Junior (defensor de presos e perseguidos políticos, ex. secretário da Justiça).

Com argumentos de filósofo, linguagem de ouvidor, Pedro Armando Egidio de Carvalho afiança que “visita íntima” é um direito do condenado. V. 42, “Visita íntima: Direito ou Regalia”.

René A. Dotti é uma presença que engrandece o desde o 1º número.

Alberto Silva Franco é um político: preferiu a boa companhia a pelear sozinho. É que ancefalia ainda é tema sob suspeitas, por força dos que teimam em conceituá-la à luz de conservadores preceitos religiosos, V., à fls. 2 do 142, seu artigo “Um Bom Começo”.

“Provas Ilícitas e Proteção dos Direitos Humanos Fundamentais”, do professor Alexandre de Moraes é texto que engrandece o n° 63.

A LEP e a Independência Judicial. Nesse Editorial, 183, são analisadas ações dos juízes Gerdinaldo Quichalea Costa e Cláudio do Prado Amaral, no sentido de limitar-se o número de presos. Foi, ao que consta, invalidado pela Corregedoria Geral, o que não deixa de ser estranho, em vista de tratar-se de matéria jurisdicional, só reformável em recurso à Segunda Instância.

Não poderia omitir o 144, com o artigo do então diretor da Faculdade de Direito de Passos, Minas Gerais, professor Rodney Malveira da Silva – Balcão de Direitos – Direito e Cidadania.

Há o nome de dois desembargadores sempre presente no : Marco Antonio Rodrigues Nahum e Márcio O. Bártoli. Menciono-os sem trazer à baila seus textos, para realçar um dos pontos altos de sua judicatura: darem pela inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), jurisprudência que, nas Minas Gerais, há encontrado o melhor curso entre Juízes da Primeira Instância.

Ranulfo de Melo Freire

Desembargador aposentado do TJSP.

Cheguei a pensar numa associação dos interessados na temática dos Direitos Humanos (não só os da área do Direito). Não haveria óbices maiores, na composição do colégio, porque a Presidência, por unanimidade dos sufrágios, recairia no nome da professora Flávia Piovesan. V. Boletim 153, pág. 8.

PARTICIPE POR ACREDITAR

FÓRUM ON-LINE: PARTICIPE DESSES ENCONTROS!

Data: 15 de julho de 2009

Horário: Das 11h00 às 12h00

Tema: Súmulas vinculantes nas ciências criminais

Entrevistado: Ivan Luís Marques da Silva - Professor no Curso de pós-graduação de Direito Penal, Processual Penal e Constitucional da Escola Paulista de Direito - EPD; Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; Especialista em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDU; Coordenador-chefe no IBCCRIM na gestão 2009-2010; Coordenador Editorial de Direito Público da Editora Revista dos Tribunais e advogado criminalista

Mediador: João Paulo Orsini Martinelli (IBCCRIM)



(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

1º SECRETÁRIA: Juliana Garcia Belloque

2ª SECRETÁRIA: Cristiano Avila Maronna

1º TESOUREIRO: Édson Luís Baldan

2º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

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

COORDENADORES-CHEFES:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Andre Pires de Andrade Kehdi

CURSOS: André Adriano Nascimento Silva

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Luciano Anderson de Souza

MONOGRAFIAS: Fernando Salla

NÚCLEO DE PESQUISAS: Maria Amélia de Almeida Telles

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM junto ao Olapoc: Renata Flores Tybiriçá

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

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: Rafael S. Lira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

HISTÓRIA: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vitto

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

BREVE NOTÍCIA SOBRE O PROJETO DE LEI DO SENADO FEDERAL 156/2009, QUE TRATA DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Decorridos nove meses da entrada em vigor da chamada reforma processual penal, em agosto de 2008⁽¹⁾, a Comissão externa, criada pelo Senado Federal em junho de 2008, para apresentar o Anteprojeto de Lei de reforma do Código de Processo Penal e coordenada pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça **Hamilton Carvalho**⁽²⁾, apresentou o resultado de seu trabalho, que se transformou no Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009.

A grande novidade é que se trata de versão de Código inteiramente novo, opção esta diferente daquela tomada pela Comissão presidida pela professora **Ada Pellegrini Grinover** em 2000⁽³⁾.

Dividido em seis Livros⁽⁴⁾, o Projeto de Código inicia com a enumeração dos princípios fundamentais que o regem e invoca a estrita obediência ao devido processo legal constitucional⁽⁵⁾, assumindo o compromisso com as garantias individuais. Este comprometimento (aliás também presente na Comissão de 2000) é importantíssimo para que o respeito aos direitos fundamentais se dê de forma efetiva e concreta. Como asseverado na Exposição de Motivos: “... *As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado*”⁽⁶⁾.

O princípio acusatório é adotado de forma expressa. A proposta levada ao Congresso Nacional veda, de forma explícita, a atividade instrutória do juiz na fase de investigação⁽⁷⁾ e institui a figura do “juiz das garantias”, responsável “*pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais*”⁽⁸⁾, com duplo intuito, de acordo com a Comissão: otimizar a atuação jurisdicional e manter o distanciamento do juiz do processo em relação aos elementos de convicção produzidos na investigação e dirigidos ao Ministério Público. Ainda com relação à fase preliminar da persecução penal, altera-se a tramitação do inquérito policial, retirando do Poder Judiciário o controle de seu arquivamento, que passa a ser exclusivo do Ministério Público⁽⁹⁾. Quanto a este último aspecto, em especial, é de se notar que a Comissão de 2000 também estabeleceu tal proceder⁽¹⁰⁾.

No âmbito da ação penal, o Projeto vai mais além da estrutura hoje vigente, que assegura ao Ministério Público a promoção, de forma privativa, da ação penal de natureza pública, conforme a previsão contida no art. 129, I, da Constituição da República. Pela nova proposta, deixa de existir a ação penal de iniciativa exclusivamente privada, dispondo o art. 45 do Projeto que “a ação penal é pública, de iniciativa do Ministério Público”. A ação de iniciativa privada será apenas subsidiária, em caso de morosidade do poder público. Admite-se, porém, a ação pública condicionada à representação, nos casos previstos no art. 46.

O Projeto abre espaço para a chamada justiça restaurativa, ao instituir a possibilidade de composição civil dos danos, com efeitos de extinção da punibilidade no curso do processo, relativamente às infrações de menor potencial ofensivo e aos crimes contra o patrimônio praticados sem violência ou grave ameaça, tornando estes últimos, aliás, dependentes de representação⁽¹¹⁾.

Dentre outras novidades do Projeto, destaca-se a possibilidade de ingresso da vítima, enquanto *parte civil*, nos autos. Poderá ela atuar não só como assistente do Ministério Público, mas também, se o desejar, como parte processual a ser alcançada na sentença penal condenatória. Neste passo, o Projeto disciplina polêmico assunto, qual seja, o da possibilidade de, no âmbito penal, ser arbitrada indenização pelo dano moral causado pelo ilícito penal, sem prejuízo da ação civil com relação aos danos materiais, a ser ajuizada contra o acusado e o eventual responsável civil. A redação atual, de acordo com a Lei 11.719/2008, permite ao juiz fixar “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”, sem especificar a natureza de tais danos (art. 387, IV, CPP).

No que se refere ao tema dos procedimentos, o Projeto incorpora várias disposições contidas nas alterações trazidas pelas Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008, além da Lei 11.900/2009. Mas propõe o que chama de “um novo acomodamento

legislativo”, segundo a Comissão, ao: i) possibilitar o fracionamento da audiência em algumas hipóteses; ii) modificar o conteúdo do procedimento sumário, com a previsão de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida quando, nos crimes cuja pena máxima não seja superior a oito anos, o acusado confessar os fatos e a sanção for ajustada entre as partes; iii) incorporar o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais ao Código; iv) alterar as regras do procedimento do júri, aumentando o número de jurados de sete para oito e disciplinando a separação dos processos conexos, não dolosos contra a vida, dentre outras alterações.

Dividido em seis Livros, o Projeto de Código inicia com a enumeração dos princípios fundamentais que o regem e invoca a estrita obediência ao devido processo legal constitucional, assumindo o compromisso com as garantias individuais.

O Projeto disciplina as medidas cautelares (o que também fez, neste passo, a Comissão de 2000), trazendo disposições gerais e tratamento das medidas cautelares pessoais e reais. De acordo com a Exposição de Motivos, o texto proposto adotou quatro principais diretrizes: i) o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CR), na medida em que a prisão e outras formas de restrição só se justificam se houver necessidade concreta; ii) a estrutura do modelo acusatório, proibindo-se a decretação de medidas cautelares de ofício na fase de investigação; iii) o princípio da proporcionalidade, já que o recurso à prisão somente será legítimo quando outras medidas cautelares se revelarem inadequadas ou insuficientes; iv) o princípio da duração razoável do processo, por meio da proposição de duas faixas de prazos: uma para os crimes com pena privativa de liberdade inferior a 12 anos e outra para crimes cuja pena seja superior a tal patamar. Ainda no âmbito cautelar, o Projeto disciplina o uso de algemas e traz novo regimento para a prisão especial.

No tocante aos recursos, a proposta altera a sistemática hoje vigente, restringindo o cabimento dos embargos infringentes e de declaração e trazendo novo regimento aos recursos de apelação, agravo, extraordinário e especial e embargos de divergência. O agravo cabível contra a inadmis-

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 Canterjij

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Andre Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecilia 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:**

Administrativo Financeiro 2

Comunicação e Eventos 3

Biblioteca 4

Diretoria/Presidência 5

Internet 6

Secretaria 7

Núcleo de Pesquisas 8

www.ibccrim.org.br

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

boletim@ibccrim.org.br

são dos recursos extraordinário e especial será interposto nos próprios autos do processo, atribuindo-se, outrossim, ao relator, competência para julgamento monocrático dos recursos, quando a decisão impugnada contrariar a jurisprudência dominante ou enunciado de súmula. É de se destacar, quanto ao tema, que a Comissão de 2000 também deu tratamento diverso daquele em vigor desde 1941.

Já no âmbito das ações de impugnação, o Projeto deixa expressa a natureza jurídica do *habeas corpus* e da revisão criminal, hoje inseridos nas disposições que tratam dos recursos, tal como posto pela Comissão de 2000. O *habeas corpus*, porém, passa a ter sua aplicação restringida aos casos de prisão e de iminência de prisão ilegais, uma vez que, das decisões interlocutórias, inclusive o recebimento da denúncia, o recurso cabível será apenas o agravo. O projeto regulamenta, ainda, o mandado de segurança em matéria penal e amplia a legitimidade na ação de revisão criminal.

O Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, segue, agora, sua tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). A primeira audiência pública, de uma série programada, realizou-se em 4 de maio de 2009, com a presença dos membros da Comissão. A segunda deu-se em 4 de junho, tendo sido promovida pela Comissão Temporária de Reforma do Código de Processo Penal, que foi criada no âmbito do Senado Federal, sob a presidência do senador **Demóstenes Torres**, tendo na vice-presidência a senadora **Serys Shlessarenko** e na relatoria o senador **Renato Casagrande** ⁽²³⁾.

O paradoxo que pode ser desde logo apontado é que a reforma processual penal, iniciada pela Comissão de 2000, ainda não foi concluída, encontrando-se em tramitação no Senado Federal três Projetos de Lei (investigação policial, medidas cautelares e prisão e recursos), já aprovados na Câmara dos Deputados. E as leis promulgadas em 2008 entraram em vigor no mesmo mês em que a Comissão Externa do Senado iniciou seus trabalhos.

NOTAS

(1) Resultado da promulgação das Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008, em junho de 2008, que entraram em vigor no mês de agosto daquele mesmo ano.

(2) Constituem, ainda, a Comissão: **Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral**. A Comissão foi criada a pedido do senador **Renato Casagrande** (PSB-ES) e designada pelo Presidente do Senado, senador **Garibaldi Alves Filho**, por meio do Ato 11/08.

(3) A Comissão, secretariada por **Petrônio Calmon Filho**, foi composta ainda por **Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti**. A Comissão de Reforma justificou, à época, a opção pela reforma fatiada em oito Projetos, tendo em vista as reconhecidas dificuldades na aprovação de um Código inteiramente novo.

(4) Assim denominados: da persecução penal; do processo e dos procedimentos; das medidas cautelares; das ações de impugnação; das relações jurisdicionais com autoridade estrangeira e disposições finais.

(5) V., em especial, arts. 1º a 4º do Projeto.

(6) Cf. item I da Exposição de Motivos.

(7) V., a propósito, art. 4º do Projeto.

(8) Cf. item III da Exposição de Motivos. O Juiz das Garantias está disciplinado nos arts. 15 a 18 do Projeto.

(9) V. arts. 37 a 40 do Projeto.

(10) V., a propósito, art. 28 e parágrafos do Projeto de Lei 4.209/2001, que tramita no Congresso Nacional. O texto aprovado na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal, porém, é resultado de substitutivo que introduziu profundas alterações no texto original.

(11) Cf. art. 46 e § 2º do Projeto.

(12) Cf. arts. 79 a 82 do Projeto.

(13) Cf. item V da Exposição de Motivos.

(14) Os procedimentos estão disciplinados no Livro II, Título II, arts. 257 a 398, dividindo-se em: i) disposições gerais; ii) do procedimento ordinário; iii) do procedimento sumário; iv) do procedimento sumaríssimo (que se desenvolve perante o Juizado Especial Criminal); v) do procedimento na ação penal originária; vi) do procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri.

(15) As medidas cautelares estão disciplinadas nos arts. 513 a 626 do Projeto.

(16) Cf. item VI da Exposição de Motivos.

(17) Os prazos máximos de duração estão previstos nos arts. 546 a 549 do Projeto, exigindo-se reexame obrigatório pelo juiz ou tribunal competente, quando a prisão exceder 90 dias.

(18) O uso das algemas vem disciplinado no art. 525 e parágrafos, do Projeto.

(19) Os recursos estão disciplinados nos arts. 447 a 512 do Projeto.

(20) Cf. Projeto de Lei 4.206/2001, que ora tramita no Congresso Nacional. O Projeto encontra-se em tramitação no Congresso Nacional. O texto aprovado na Câmara dos Deputados é resultado de substitutivo apresentado pelo deputado **João Campos**, que alterou, em alguns aspectos, o texto original.

(21) A revisão criminal, o *habeas corpus* e o mandado de segurança estão previstos, respectivamente, nos arts. 627 a 634; 635 a 652 e 653 a 663 do Projeto.

(22) Cf. Projeto de Lei 4.206/2001.

(23) Também fazem parte da Comissão Temporária os senadores **Marco Maciel, Papaléo Paes, Almeida Lima e Patrícia Saboya**. De acordo com o Jornal do Senado, de 21/5/2009, a Comissão Temporária de Reforma do Código de Processo Penal iniciou seus trabalhos no dia 20 de maio, sendo que o presidente designou os seguintes senadores para as sub-relatorias criadas: **Romeu Tuma** (inquérito policial); **Valter Pereira** (provas); **Serys Shlessarenko** (recursos); **Marconi Perillo** (medidas cautelares) e **Tião Viana** (procedimentos).

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

Professora Doutora de Direito Processual

Penal da Faculdade de Direito da USP.

DIREITO PENAL, LITERATURA E REPRESENTAÇÕES

Fabio Roberto D'Avila

À margem do pretensioso tecnicismo característico de alguns espaços de juridicidade, a literatura continua a dar vida a mundos imaginários, a parir realidades fantásticas, em que o Direito é constantemente (re)inventado, (re)estruturado, (re)fundamentado. O ato de escrever é, em seu seio, sem dúvida, expressão da mais intensa e humana liberdade. De uma liberdade tal que, alheia às objeções científicas do nosso tempo, é capaz de inventar a si própria e, consigo, figuras tão humanas que, em sua realidade ficcional, são capazes, muitas vezes, de arrastar toda a compreensão civilizacional de um tempo. A literatura inventa mundos, inventa sóis e luas, dias e noites, e inventa também homens que, consigo, carregam as imperfeições de sua indissociável humanidade.

Nenhum lugar, nem tempo, poderia ser melhor para compreender a complexidade do homem em sua vivência individual e social do que o não lugar e o não tempo únicos do gesto criativo e, sob alguma perspectiva, descomprometido, da narrativa literária. Esse, por certo, é o espaço ideal para recolocar, incessantemente, as questões perenes do Direito Penal, sem, todavia, a necessidade de um arranjo técnico-científico de ideias, sem a exigência de um discurso lógico e não contraditório, sem a pretensão, já, de partida sabidamente inalcançável, de justiça, completude e resolução. À literatura, em seu lúdico espaço inventivo, é permitido o desencontro, a contradição, a contingência, e, em sua inerente imperfeição, se faz mais próxima do modo de ser humano e, descomprometida com respostas, se faz, igualmente, arte de descrever a humanidade dos homens.

Talvez seja, de fato, o mundo literário – como tantos assim o querem – nada mais que um espaço de fuga, um lugar fantástico, desprendido da realidade nua sobre a qual se debruça o Direito em sua vontade de ciência, de verdade e de justiça. Contudo, mesmo esse mundo desencantado, embrutecido e, por que não, muitas vezes desumanizado, não percorre caminho diverso daquele já marcado pelos sulcos da inventiva literária. É também ele invariavelmente construído por representações, não raramente fantásticas, do homem, em sua inalcançável tarefa de compreender a si próprio e ao mundo que como tal reconhece. E o faz, de forma acintosamente fragmentária, ao reconhecer validade não naquilo que se vê, mas na forma através da qual se olha, construindo, arbitrariamente, olhares legítimos e ilegítimos, constitutivo de mundos possíveis e impossíveis.

Por vezes, o Direito e seus intérpretes, com

a insalubre missão de nos desvelar o mundo, são, tal qual o guia do cego **Estrelinho**, **Gigito Efraim**, aqueles que nos tomam pela mão, conduzindo-nos, “desvisitados”, “por tempos e idades”. Contudo, diferente de **Gigito**, esquecendo de inventar o que não existe, fá-lo, na forma de sua irmã **Infelizmina**, “sem sabedoria de inventar”, na crueza do por nós denominado “senso e realidade”⁽¹⁾. “E era como se Estrelinho, por segunda vez, perdesse a visão”. “Aquele mundo a que o cego se habituara agora se desiluminava. Estrelinho perdia os brilhos da fantasia. Deixou de comer, deixou de pedir, deixou de queixar”⁽²⁾. **Gigito**, por sua conta, “o que descrevia era o que não havia. O mundo que ele minuciava eram fantasias e rendilhados. A imaginação do guia era a mais profícua que papaeira. O cego enchia a boca de águas: - Que maravilha esse mundo. Me conte tudo, **Gigito!**”⁽³⁾.

E nessa vertigem de uma realidade exangue, a que se impõe o Direito, vertigem de uma única e verdadeira realidade, compete, muitas vezes, a nós, “desvisitados”, em nossa cegueira, tomar o nosso guia pela mão, reinventando a humanidade dos homens e seu mundo. E isso antes que a nossa própria guia, **Infelizmina**, pelas perdas que a sua própria realidade lhe impõe, desapeteça-se de viver.

“A partir dessa morte ela só tristonhava, definhada. E assim ficou sem competência para reviver. Até que a ela se chegou o cego e lhe conduziu para a varanda da casa. Então, iniciou de descrever o mundo, indo além dos vários firmamentos. Aos poucos foi despontando um sorriso: a menina se sarava da alma. Estrelinho miraginava terras e territórios. Sim, a moça, se concordava. Tinha sido em tais paisagens que ela dormira antes de ter nascido. Olhava aquele homem e pensava: ele esteve em meus braços antes da minha actual vida. E quando já havia desenvencilhado da tristeza ela lhe arriscou de perguntar: - Isso tudo, Estrelinho? Isso tudo existe aonde? E o cego, em decisão de passo e estrada, lhe respondeu: - Venha, eu vou-lhe mostrar o caminho!”⁽⁴⁾.

É nessa dimensão fantástica, nessa profunda e, ao olhar técnico, inapreensível dimensão do homem, que parece deitar o Ser o mais íntimo da sua existência. Diríamos aqui, com **Stein**, que o problema do ser jamais será determinado objetivamente, permitindo apenas a vigia da sua manifestação inesgotável⁽⁵⁾. Mas diríamos também, a acompanhar **Fernando Pessoa**, que é exatamente nessa dimensão noturna do homem, na sua face mais lunar, onde reside o sutil, porém constante, chamado da poesia, pela voz, encharcada de simbolismo, do pró-

prio diabo. O poeta, diz **Mefisto**, é aquele que é por ele tocado.

“A música, o luar e os sonhos são as minhas armas mágicas. Mas por música não deve entender-se só aquela que se toca, se não também aquela que fica eternamente por tocar. Por luar, ainda, não se deve supor que se fala só do que vem da lua e faz as árvores grandes perfis; há outro luar, que o mesmo sol não exclui, e obscurece em pleno dia o que as coisas fingem ser. Só os sonhos são sempre o que são. É o lado de nós em que nascemos e em que somos sempre naturais e nossos”⁽⁶⁾.

“(…) Sou o Deus da imaginação, perdido porque não crio. É por mim que, quando criança, sonhaste aqueles sonhos que são brinquedos; é por mim que, quando mulher já, tiveste a abraçar-te de noite os príncipes e os dominadores que dormem no fundo desses sonhos. Sou o Espírito que cria sem criar, cuja voz é um fumo e cuja alma é um erro. Deus criou-me para que eu o imitasse de noite. Ele é o Sol, eu sou a Lua”⁽⁷⁾.

A essa sensível inapreensão da plenitude do que somos segue-se, pois, uma incompleta e imperfeita representação de nós próprios. Percebemo-nos no estreito fragmento do nosso existir. Há, por isso, que se dar razão a **Nietzsche**, ao afirmar que, em que pese a nossa crença em saber algo sobre as coisas, quando nos referimos a árvores, cores, neve e flores, em verdade “nada possuímos senão metáforas das coisas, que não correspondem, em absoluto, às essencialidades originais”⁽⁸⁾.

Essencialidades estas, porém, que, conquanto inalcançáveis, se abrem às curiosas e constantes visitações de uma inventiva literária, a qual, sabedora dos limites do seu olhar, imprime tal leveza e gentileza ao ato de conhecer que termina, ao fim e ao cabo, por converter-se em convite à própria revelação do ser. Em uma espécie de diálogo silencioso, em uma espécie de dança lúdica, as coisas, em sua essência, permitem-se brevemente visitar. Um acordo velado, todavia, nega-lhe cientificidade a razões e fundamentos.

O esquecimento dessa condição substancial da vida e de seus atores faz, de qualquer leitura que daí se ensaie, o esboço de um mundo tão fantástico quanto o é aquele no qual se insinua e se diverte a manifestação literária. O abandono da dimensão existencial das coisas e do pensar reflexivo que lhe é ínsito faz do homem menos do que ele é e do mundo o triste reflexo da sua incompreensão. Desumaniza-se o homem, desencanta-se o mundo.

Não se pode, definitivamente, entregar-se a este mundo desencantado. Não se pode admitir, de forma inerte, aquilo que denominou **Heidegger** de “fuga aos pensamen-

tos⁽⁹⁾. Abandonar-se a um mundo técnico, à hegemonia de um pensamento que calcula, à indiferença para com a reflexão, converter-nos-ia em um homem que “*teria renegado e rejeitado aquilo que tem de mais próprio, ou seja, o facto de ser um ser que reflecte. Por isso o importante é salvar a essência do homem. Por isso o importante é manter desperta a reflexão*”⁽¹⁰⁾.

Entregarmo-nos à insipidez de um pensar que, afastado da essência, se estabelece nas ideias de função, eficácia e utilidade, como bem quer o pensamento que a tudo funcionaliza, é possibilitar a construção de uma ordem jurídica e de um Direito penal, no qual os homens valem na medida em que são úteis, no qual os homens se tornam o resultado do cálculo de sua utilidade social. Um mundo no qual reconheceríamos razão a **Raskólnikov** ao matar a imprestável usurária **Alfona Ivánovna**. Um mundo ao qual não se nega lugar à seletividade e à higienização social, lamentavelmente, tão caras à nossa história recente.

“(…) *de um lado uma velha estúpida, imbecil, inútil, má, doente, que não é útil a ninguém e que até, pelo contrário, a todos prejudica; que nem ela mesma sabe para que vive e que amanhã acabará por morrer fatalmente...* (...) *Do outro lado, energias jovens, frescas, que se gastam em vão, sem apoio, e isso aos milhares e em toda a parte. Mil obras e boas iniciativas se poderiam fazer com o dinheiro que essa velha vai deixar ao mosteiro. Centenas, talvez milhares de existências conduzidas ao bom caminho; dezenas de famílias salvas da miséria, da dissolução, da ruína, da corrupção, dos hospitais de doenças venéreas. E tudo isso com o seu dinheiro. Matá-la, tirar esse dinheiro dela, para com ele dedicar depois ao serviço de toda a humanidade e ao bem geral. Que te parece? A mancha de um só crime não ficaria apagada, insignificante, com milhares de boas ações? Por uma vida... mil vidas salvas da miséria e da ruína! (...)*”⁽¹¹⁾.

A essa precisa forma de ver o mundo corresponde, bem se sabe, uma igual forma de ver as coisas do Direito e as coisas do Direito Penal, e contra isso, contra essa forma de instrumentalizar a tudo e a todos, muito já se tem dito e insistentemente reiterado: o homem e o mundo são mais do que a sua estreita utilidade, e o Direito, mais do que uma ordem de otimização das vivências de um mundo funcionalizado.

E isso conquanto a não raramente redutora lente da cientificidade, em pouca prudência, insista em representações ainda mais desumanizadas do próprio homem. Sem qualquer cerimônia, concede azo a um novo *Menschenbild*, sob o respaldo, pretensamente incontestável respaldo, da “verdade” advinda das ciências naturais. Sob as vestes da neurociência, propõe-se o fim do livre-arbítrio. O livre-arbítrio não

existiria e nunca teria existido. Tratar-se-ia de uma mera ilusão, agora revelada pela pesquisa neurobiológica⁽¹²⁾. As nossas ações, relata-nos **Willaschek**, não passariam de “*produtos de processos e fatores naturais: nosso patrimônio, nossa educação e socialização, bem como os complexos processos neurológicos em nosso cérebro*”⁽¹³⁾. E a partir desse entendimento, a tradicional compreensão do homem responsável por suas ações, do homem que, diante de razões e contrarrazões, é capaz de decidir-se livremente, deve ser substituída por uma imagem de homem alheia a conceitos de responsabilidade, merecimento e culpabilidade⁽¹⁴⁾.

Ora, como é por todos sabido, a isso não resiste as noções mais elementares de responsabilização criminal ou mesmo civil. A isso não resiste o próprio Direito. E as relações em sociedade são inapelavelmente lançadas em um limbo cinza, onde nada vale ou desvale. Tudo é o que é, sem direito a valor ou desvalor. Vertemo-nos na insipidez dos processos de um mundo mecanizado, pois o desencantamento nunca parece suficiente. É preciso, para o nosso dissabor, atingir níveis de cinza ainda mais intensos.

Representações e propostas que, todavia, se bem vemos, não são de todo o mal. Pois “*só podemos ficar surdos pelo facto de ouvirmos e envelhecer pelo facto de termos sido jovens, só podemos tornarmo-nos pobres-empensamentos ou mesmo sem-pensamentos em virtude de o homem possuir, no fundo (Grund) da sua essência, a capacidade de pensar, ‘o espírito e a razão’, em virtude de estar destinado a pensar. Só podemos perder ou, melhor, deixar de ter aquilo que, consciente ou inconscientemente, possuímos*”⁽¹⁵⁾. E a literatura será aqui, sempre, “*not light, but rather darkness visible*”, na singular e forte tradução de Pessoa: “*mas essas chamas lançam, não luz, mas sim treva visível*”⁽¹⁶⁾.

Por bem, sempre haverá quem, como o avô, levar-nos-á a ver os panos brancos da outra margem, em meio à névoa do tempo e da história, permitindo avistagens de mundos hoje a poucos visíveis. Mundos cuja compreensão exige olhos que se abrem para dentro, para dentro de nós, de nossa mais própria e íntima humanidade. Olhos de sonhos. Olhos lunares.

“*Nessa noite, ele me explicou suas escondidas razões. Meus ouvidos se arregalavam para lhe decifrar a voz rouca. Nem tudo entendi. No mais ou menos, ele falou assim: nós temos olhos que se abrem para dentro, esses que usamos para ver os sonhos. O que acontece, meu filho, é que quase todos estão cegos, deixaram de ver esses outros que nos visitam. Os outros? Sim, esses que nos aceitam da outra margem. E assim lhes causamos uma total tristeza. Eu levo-lhe lá nos pântanos para que você aprenda a ver. Não*

posso ser o último a ser visitado pelos panos”⁽¹⁷⁾.

E sempre haverá quem no homem veja também a semente do sonho; e no sonhar, a eterna gravidez da sua humanidade. E ainda que ao sonho seja relegado apenas o não lugar e o não tempo ficcionais da narrativa literária, este inventivo território, não se pretendendo verdadeiro, tornar-se-á permanente lugar de refúgio, de descanso, de recomeço, onde pode o homem abandonar a mais íntima semente de si, na certeza de que, mesmo após o mais longo e rigoroso inverno da guerra, alguém em algum lugar estará a aguardar ventos de primavera.

“*Depois da guerra, pensava eu, restavam apenas cinzas, destroços sem íntimo. Tudo pesando, definitivo e sem reparo.*

Hoje sei que não é verdade. Onde restou o homem sobreviveu a semente, sonho a engravidar o tempo. Esse sonho se ocultou no mais inacessível de nós, lá onde a violência não podia golpear, lá onde a barbárie não tinha acesso. Em todo este tempo, a terra guardou, inteiros, as suas vozes. Quando se lhes impôs o silêncio elas mudaram de mundo. No escuro permaneceram lunares.

Estas estórias falam desse território onde nos vamos refazendo e vamos molhando de esperança o rosto da chuva, água abensonhada. Desse território onde todo homem é igual, assim: fingindo que está, sonhando que vai, inventando que volta”⁽¹⁸⁾.

NOTAS

- (1) **COUTO, Mia.** *Estórias Abensonhadas*. Contos, 7. ed., Lisboa: Caminho, p.32.
- (2) **COUTO, Mia.** *Estórias Abensonhadas*, p.32
- (3) **COUTO, Mia.** *Estórias Abensonhadas*, p.29.
- (4) **COUTO, Mia.** *Estórias Abensonhadas*, p.33.
- (5) **STEIN, Ernildo.** *Uma Breve Introdução à Filosofia*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002, p.22.
- (6) **PESSOA, Fernando.** *A Hora do Diabo*. Edição de **Teresa Rita Lopes**, Lisboa: Assírio e Alvim, 1997, p.18.
- (7) **PESSOA, Fernando.** *A Hora do Diabo*, p.30 s..
- (8) **NIETZSCHE**, apud, **BARROS, Fernando de Moraes**. Introdução, in: **NIETZSCHE, F.** *Sobre a Verdade e a Mentira*. Org. e tradução de **Fernando de Moraes Barros**, São Paulo: Hedra, 2008, p.15.
- (9) **HEIDEGGER, Martin.** *Serenidade*. Trad. de **Maria Madalena Andrade e Olga Santos**, Lisboa: Piaget, p.12.
- (10) **HEIDEGGER, Martin.** *Serenidade*, p.26.
- (11) **DOSTOIEVSKI, Fiódor.** *Crime e Castigo*. Trad. de **Natália Nunes**, Porto Alegre: L&PM, 2007, p.79.
- (12) **WILLASCHKE, Marcus.** *Der freie Wille. Eine Tatsache des praktischen Lebens*. Forschung Frankfurt, 4 (2005), p.51.
- (13) **WILLASCHKE, Marcus.** *Der freie Wille*, p.51.
- (14) **WILLASCHKE, Marcus.** *Der freie Wille*, p.51.
- (15) **HEIDEGGER, Martin.** *Serenidade*, p.12.
- (16) **PESSOA, Fernando.** *A Hora do Diabo*, p.13 (epigrafe).
- (17) **COUTO, Mia.** *Estórias Abensonhadas*, p.16.
- (18) **COUTO, Mia.** *Estórias Abensonhadas*, p.7.

Fabio Roberto D’Avila

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Doutor em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-Doutor em Ciências Criminais pela Universidade de Frankfurt am Main. Advogado criminal.

O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: PRIMEIRAS ANOTAÇÕES

Antonio Magalhães Gomes Filho

1. Livre convencimento e legalidade da prova

A fórmula *livre convencimento*, longe de expressar uma diretriz clara e segura para a valoração das provas, costuma ser fonte de enganos de grave repercussão na atividade da persecução penal.

Isso pode ser explicado, em parte, pela forma equivocada de transposição da liberdade de convicção própria dos julgamentos confiados ao júri popular na Inglaterra – compensada pelo estabelecimento de rigorosas regras de seleção do material probatório próprias da *law of evidence* –, ao denominado *sistema misto* dos ordenamentos continentais, passando a ser confundida com uma verdadeira autorização para o arbítrio dos juízes na determinação dos fatos.

Como antítese do método da *prova legal*, em que o valor de cada prova era previamente estabelecido pelo legislador, o livre convencimento não pode ser confundido, no entanto, com permissão para uma valoração subjetiva e isenta de critérios e controles. Trata-se, ao contrário, de princípio de avaliação de provas que não exclui regras de admissibilidade na formação do material probatório, nem a submissão aos postulados da lógica e da experiência na apreciação desse mesmo material.

No Estado democrático de direito, em que a imposição de sanções penais somente se legitima se fundada em provas capazes de superar a presunção de inocência do acusado, é inevitável que a atividade probatória seja informada pela obediência à *legalidade*. Nesse sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, proclama que “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*” (art. 8, n. 2).

As regras probatórias constituem, como observou Giovanni Conso⁽¹⁾, *normas de garantia* que decorrem dos preceitos constitucionais, assegurando o caráter racional e controlável da decisão sobre os fatos; afastam, assim, uma liberdade absoluta do juiz que poderia dar ensejo a julgamentos pessoais, ideológicos ou emotivos.

Sem que isso possa significar um retorno ao superado sistema da prova legal, o livre convencimento deve conviver com o indispensável respeito à legalidade probatória, que importa não só a disciplina da admissão e produção do material probatório, mas também deve incluir o estabelecimento de certos parâmetros legais à própria valoração, de forma a evitar julgamentos sub-

jetivos e arbitrários sobre os fatos. Nesse último aspecto, é conveniente lembrar que no próprio sistema anglo-americano existem alguns limites legais para as inferências que devem ser feitas pelos jurados a partir das provas apresentadas, que são objeto de instruções dadas pelo juiz-presidente aos juízes leigos antes do julgamento⁽²⁾.

2. Prova e contraditório no Projeto de Código de Processo Penal

É com essa inspiração e nesse sentido que o Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal, apresenta significativas alterações na disciplina da avaliação das provas.

Desde logo, na sua primeira parte, o art. 165 da recente proposta legislativa declara que “*o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial...*”. Circunscreve-se, pois, o material decisório à disposição do julgador aos dados objetivos que tiveram ingresso no processo com a participação e o controle das partes. São excluídas, em consequência, quaisquer informações outras a que possa eventualmente ter acesso o juiz, seja porque decorrem de seu conhecimento privado, seja porque obtidas em procedimentos prévios em que não esteja assegurado plenamente o contraditório.

O contraditório é, no dizer de Fazzalari, uma nota essencial ao próprio conceito de *processo*. Só são provas, assim, no sentido processual, os dados objetivos de informação introduzidos em procedimento em que se assegure a participação daqueles em cuja esfera jurídica a decisão final produzirá efeitos.

Nesse ponto, o Projeto confirma a distinção entre *prova* e *elemento informativo da investigação* – que já foi feita pela Lei 11.690/2008, na nova redação do art. 155 do CPP atual –, tornando-a ainda mais explícita ao estabelecer, no seu art. 33, que “*os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida necessária à formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação, bem como à efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem decretadas pelo juiz de garantias*”.

Trata-se, com efeito, de conceitos que não se confundem, até porque constituem

resultado de atividades que têm finalidades diversas: os *atos de prova* objetivam a introdução de dados probatórios no processo – necessariamente em contraditório –, que servem à formulação de um *juízo de certeza* próprio da sentença; os atos de investigação visam à obtenção de informações que levam a um mero *juízo de*

probabilidade idôneo a sustentar a *opinio delicti* do órgão da acusação ou fundamentar a adoção de medidas cautelares pelo juiz⁽⁴⁾.

A proposta sublinha, assim, que o *livre convencimento* não autoriza uma irrestrita *liberdade de prova*, mas simplesmente a valoração de elementos que o legislador considera aptos à formação do convencimento do juiz, porque produzidos com a observância da garantia fundamental do contraditório.

3. Livre convencimento e motivação

Outra importante mudança de orientação vem contemplada na parte final do mesmo art. 165: “*... indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados*”.

O livre convencimento do juiz não exclui, é evidente, a obrigatoriedade de motivação de qualquer decisão judicial, assegurada entre nós pelo art. 93, IX, da Constituição. O Código de 1941, ao prever que na sentença o juiz indique singelamente “*os motivos de fato*” (art. 381, III), não atende completamente ao sentido daquela garantia essencial ao exercício da função jurisdicional, deixando pouco claro o conteúdo da exigência de justificação em relação ao juízo sobre os fatos.

A motivação não pode ser um *discurso aberto*, nem se resume na indicação de motivos que possam explicar a decisão⁽⁵⁾, mas consiste na explicitação de razões que justifiquem a solução encontrada num contexto intersubjetivo. Daí a necessidade de que o exercício da liberdade de convicção pelo juiz venha acompanhado de uma argumentação capaz de reproduzir o raciocínio decisório, de modo a possibilitar o seu efetivo controle pelas partes, pelos órgãos superiores e pelo público em geral.

A proposta legislativa, embora de forma mais concisa, reproduz nesse ponto a refor-

No Estado democrático de direito, em que a imposição de sanções penais somente se legitima se fundada em provas capazes de superar a presunção de inocência do acusado, é inevitável que a atividade probatória seja informada pela obediência à legalidade.

ma processual penal italiana, de 1988 (arts. 192, § 1º, e 546, § 1º, c), que buscou conciliar a liberdade de valoração com os imperativos de legalidade decorrentes do sistema constitucional de garantias.

Não se trata, portanto, de um retorno à prova legal, que significaria impor ao juiz uma decisão estabelecida *a priori* pelo legislador, mas de assegurar que a liberdade na apreciação das provas seja acompanhada pela enunciação dos elementos probatórios utilizados como base do raciocínio – e também pela explícita rejeição daqueles considerados inidôneos –, bem como pela reprodução dos critérios de inferência que permitiram passar dos fatos constatados à afirmação sobre a real ocorrência das hipóteses fáticas afirmadas pelas partes.

4. A valoração dos indícios no Projeto 156/2009

Também é inspirada na legislação italiana de 1988 a disposição contida no art. 165, § 1º, do Projeto n. 156/2009, que estabelece: “*A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes*”.

Na terminologia processual, a palavra *indício* é empregada com dois sentidos diversos, embora relacionados: o primeiro, ligado ao sistema da prova legal – em que o valor do indício não se igualava ao da prova fornecida diretamente por um testemunho ou documento –, significa prova dotada de menor eficácia persuasiva, não apta a estabelecer, por si só, a verdade sobre um fato; modernamente, por indício entende-se a *prova indireta* (ou *crítica*), em contraposição à *prova direta* (ou *histórica*), segundo uma distinção que não está relacionada à eficácia persuasiva, mas à relação entre o fato a ser provado no processo e o objeto da prova; enquanto com a prova direta é possível conhecer o fato que interessa ao processo por um único procedimento inferencial, mediante a prova indireta isso exige uma segunda inferência, o que explica, de certo modo, a tendência de atribuir-se à última um menor valor persuasivo.

É justamente com atenção a esse *deficit* de persuasão – com evidente risco para a segurança das conclusões do procedimento probatório –, que a regra proposta pretende estabelecer certos limites ao indiscriminado uso de uma espécie de prova não totalmente confiável no plano lógico. Não se trata, em absoluto, de excluir a prova indiciária do processo penal, mas apenas estabelecer critérios mais seguros para o raciocínio decisório, que deve vir expresso na motivação.

Ao falar em *indícios*, no plural, o Projeto sublinha importante exigência da prova indiciária: de um único indício é até possível

inferir um fato, mas a *certeza* sobre um fato investigado no processo penal só pode resultar de todo um conjunto de indícios, o que constitui requisito de sua eficácia probatória⁽⁶⁾.

Mais do que isso, ao prescrever que os indícios sejam *graves, precisos e concordantes*, a disposição em exame estabelece condições para que a partir de provas indiretas se possa chegar à conclusão sobre a ocorrência do fato.

São *graves* os indícios *consistentes*, ou seja, resistentes a objeções quanto à sua relação lógica com o fato a ser demonstrado; para isso, é necessário que as inferências empregadas sejam realizadas com base em máximas de experiência de validade reconhecida.

Para que se atenda à exigência de *precisão*, é necessário que o fato constatado pela prova indireta tenha um sentido único e definido, autorizando uma única conclusão a respeito do fato que deve ser provado; ao contrário, são imprecisos – e portanto inidôneos – indícios vagos ou equívocos, que podem conduzir a uma interpretação diversa, igualmente verossímil, sobre o fato que constitui objeto da prova.

Exige-se, finalmente, a *concordância* entre os vários indícios, para indicar que todos os elementos obtidos devem convergir para uma única reconstrução do fato a ser provado, o que não ocorrerá quando algum deles estiver em contraste com outro, ensejando dúvida sobre a correção da inferência realizada⁽⁷⁾.

Tudo isso, é evidente, exige um maior empenho argumentativo do juiz para sustentar, na motivação, a correção das operações realizadas para chegar ao acerto da hipótese de fato discutida no processo.

5. O valor relativo das declarações do coautor ou partícipe da mesma infração penal

Preocupou-se o Projeto, por último, com a questão da chamada do *corrêu*, apresentando disposição legislativa nos seguintes termos: “*as declarações do co-autor ou partícipe da mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova que atestem sua credibilidade*” (art. 165, § 2º).

De modo semelhante às restrições fundadas em motivos lógicos que recomendam cautelas em relação à prova indiciária, pretendeu-se aqui estabelecer um limite ao li-

vre convencimento do juiz que encontra justificação na duvidosa idoneidade das declarações prestadas por quem tem interesse direto no desfecho do processo.

Ao contrário da testemunha – que por definição é um terceiro desinteressado e presta o depoimento sob juramento de dizer a verdade, sujeitando-se inclusive às penas do falso teste-

munho –, o coautor ou partícipe dá sua versão sobre os fatos com um objetivo próprio e sem qualquer compromisso com a verdade. Assim, à natural credibilidade que se empresta à prova testemunhal substitui-se uma fundada desconfiança quando se trata de valorar as

declarações do *corrêu*.

Acrescente-se, ainda, que o incremento legislativo a institutos como a *delação premiada*, em que a incriminação feita por um acusado a outro traz efetivas vantagens no plano penal, aponta para um sério risco de comprometimento da idoneidade dessa fonte de prova, que não pode, por si só, autorizar uma conclusão segura sobre a verdade dos fatos delatados.

Daí a proposta de que, nesse caso, a conclusão definitiva sobre o fato investigado somente seja possível se as declarações incriminatórias do coautor ou partícipe sejam congruentes com outros elementos de prova.

NOTAS

- (1) **CONSO, Giovanni**. *Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*. Rivista italiana di diritto e procedura penale. 1970; 25(1):7-21.
- (2) **DAMASKA, Mirjan R.** *Il diritto delle prove alla deriva*. Bologna, Il Mulino, 2003, p. 32-3.
- (3) **FAZZALARI, Elio**. *Istituzioni di diritto processuale*. 5ª. ed., Padova, Cedam, 1989, p. 58.
- (4) **LOPES Jr., Aury**. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4ª. ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006, p. 227-8.
- (5) **AMODIO, Ennio**. *Motivazione della sentenza penale*. Enciclopedia del diritto. Milano, Giuffrè, 1977, v. 27, p. 206 e 217; **ATIENZA, Manuel**. *Tras la justicia: una introducción al derecho e al razonamiento jurídico*. Barcelona, Ariel, 2000, p. 31.
- (6) **MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis**. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 89-91.
- (7) **UBERTIS, Giulio**. *La prova penale: profili giuridici e epistemologici*. Torino, UTET, 1995, p. 92.

Antonio Magalhães Gomes Filho

Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP. Membro da Comissão constituída pelo Senado Federal para elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Penal.

O NEGRO POBRE, O REPÓRTER E A MÍDIA

Marcus Alan de Melo Gomes

Primeiro caso (todos os dias). A cena se repete, com uma insistência rotineira: o suspeito, negro, pobre, pouco nutrido, quase nu, algemado, com lesões visíveis pelo corpo – cuja causa, porém, não é explicada – acuado contra a parede de uma Delegacia de Polícia, como se fosse um bicho, uma fera que pudesse, a qualquer momento, atacar o incauto que dela arriscasse se aproximar. A sua frente, um repórter policial que parece estar bem à vontade naquele ambiente, aponta desafiadoramente um microfone para o rosto do preso, e lhe dirige perguntas irônicas, em tom sarcástico, num verdadeiro interrogatório midiático, que não se faz preceder, todavia, de advertências quanto às garantias constitucionais de permanecer em silêncio, ter assistência de um advogado etc. Em alguns momentos, repetem-se perguntas já respondidas de forma evasiva, desta feita com insinuações explícitas, deixando clara a descrença do repórter inquisidor nas explicações do interrogado, tudo sob a escolta de algum policial que garante a segurança, estrategicamente posicionado por trás da câmera – como se isso fosse necessário – e que presta, na sequência, ao mesmo repórter, esclarecimentos sobre a prisão do “elemento de alta periculosidade”, que tem “várias passagens” por aquela delegacia, e sempre destaca, com ar de quem tem vasta experiência no assunto, que tudo o que foi dito pelo preso é mentira.

Segundo caso (abril de 2008). Famoso repórter policial de uma das maiores redes de televisão do País é preso em São Paulo. Os telejornais divulgam discretamente o fato. As matérias esclarecem que o repórter foi detido na zona sul da cidade, pois, “segundo a polícia”, havia dez papétes de cocaína em seu carro. Mas destaca, enfaticamente, que tudo não passaria de uma “armação”, já que, de acordo com a rede de comunicação que o emprega (pagando-lhe um salário de R\$ 105.000,00 por mês!), o repórter estaria trabalhando em uma matéria “investigativa” sobre o tráfico de drogas. Uma mulher, que servia como “fonte” do repórter para informações sobre determinada facção criminosa, teria forjado o flagrante para comprometê-lo. Em carta posteriormente divulgada por diversos meios de comunicação e pela internet, o repórter se diz vítima de uma armação “em virtude de estar investigando assuntos que incomodam a muitas pessoas”, mas que, a despeito disso, protegerá suas fontes, já que considera “o respeito entre fonte e jornalista um dos princípios mais sagrados” da sua profissão. Nenhuma imagem do repórter, preso ou após ser-lhe res-

tituída a liberdade, é divulgada.

Alguns atributos nos acompanham de quando nascemos até o instante em que morremos. A imagem é um deles⁽¹⁾. Aliás, um atributo cuja revelação é esperada por muitos, antes mesmo de irmos ao mundo. Qual pai ou mãe grávida não aguardam, ansiosamente, o dia do parto, dentre tantas outras razões, para saber com quem o filho se parecerá e para, enfim, conhecer aquele sorriso tão doce? Essa primeira imagem marca a memória para sempre. A última de todos nós, de igual modo, é difícil de esquecer. Quem já esteve em um velório que o

diga! Mas nossa imagem está conosco não apenas nesses momentos extremos. Também e, sobretudo, em cada instante de nossos dias. E vários ganham a vida (aliás, muito bem!) com ela. O “mundo da moda”, das passarelas e das fotografias, proporciona isso. A imagem é o nosso cartão de visitas nas relações humanas. Aquilo que nos identifica, nos individualiza, nos destaca nesse universo de seres humanos em que vivemos. Há quem ganhe ou perca o emprego por causa dela, seja respeitado ou discriminado em virtude dela. A imagem define o resultado de eleições, constrói e destrói políticos. *Pompeia*, mulher de **Júlio César**, foi punida porque *não parecia honesta, muito embora o fosse*. “*A mulher de César, como César, tem que estar acima de qualquer suspeita*”, disse o imperador romano. A imagem de honestidade lhe era imprescindível.

Mas a imagem, muito embora seja nossa, é moldada na mente do outro. É a subjetividade do nosso interlocutor ou do receptor da informação que filtra a imagem do que somos, modelando o que seremos *para eles*. E é exatamente aqui que se avulta a relevância do eventual intermediário dessa comunicação: aquele que leva nossa imagem ao destinatário da mensagem. A mídia, nas sociedades modernas, desempenha, por excelência, o papel desse intermediário. Porém não o faz por acidente, ou por simples acaso. Ninguém vive, em nossos tempos, sem informação. Poder informar e ser informado é uma necessidade imposta pelo modo de vida contemporâneo, forjado nas sociedades do capitalismo tardio⁽²⁾, em que tudo se consome, inclusive informação. Mas nada se consome sem antes ser produzido.

Também, aqui, a informação. Aquilo que se produz para consumo, não nos esqueçamos, é *mercadoria*, cuja circulação se sujeita às regras de *mercado*, inclusive aquela que pode ser tida como a mais conhecida de todas: a *lei da oferta e da procura*. O produtor oferece ao mercado o produto que tem maior demanda.

A combinação desses elementos – imagem + informação como produto de consumo + função política da imprensa – torna-se hoje, entretanto, extremamente perigosa quando o trabalho dos meios de comunicação se volta para a dinâmica da intervenção penal.

E quanto maior a demanda, maior a produção. Ora, se informação é, também, objeto de consumo, será, igualmente, mercadoria. E como tal, seu conteúdo será condicionado pelos interesses do consumidor. Ao produtor da informação – a mídia –

restará satisfazê-lo. Essa avaliação, por mais pragmática e realista que pareça, não ignora, todavia, o papel político conferido à imprensa. Legatária do ideal iluminista de que os cidadãos devem ser esclarecidos sobre as atividades do Estado, foi dela, imprensa, no auge das revoluções burguesas, a função de monitoramento do poder. Ser o fiscal e o guardião das liberdades individuais, o “cão de guarda” da democracia. A combinação desses elementos – *imagem + informação como produto de consumo + função política da imprensa* – torna-se hoje, entretanto, extremamente perigosa quando o trabalho dos meios de comunicação se volta para a dinâmica da intervenção penal. É isto porque o fenômeno da delinquência, com toda a sua complexidade, passa a ser a matéria prima da informação que será oferecida como mercadoria. Sem compreender a criminalidade em sua dimensão social, a partir de suas múltiplas causas, e menos ainda o papel que as instâncias formais de controle social devem desempenhar no Estado democrático de direito, a abordagem midiática de episódios eleitos como relevantes, sem qualquer critério claro e seguro para isso – ora toma-se em conta a posição social e econômica do suspeito, ora a violência do delito, ora uma condição especial da vítima etc. – se resume a uma cobertura panfletária, açodada e tendenciosa, que simplesmente *publica uma opinião*, quando deveria, a rigor, informar a *opinião pública*.

A intervenção penal é seletiva. Não há quem hoje, com argumentos sólidos, se disponha a questionar essa afirmação. E a

mídia, de certa forma, acompanha essa seletividade. Só pode divulgar como crime aqueles fatos assim definidos em lei. Nada obstante, a imprensa desenvolve uma seletividade própria. Escolhe, no universo dos delitos passíveis de divulgação, aqueles que devem virar “notícia”. Assim, se o “criminoso” é pobre, socialmente excluído, desconhece suas garantias fundamentais e não é assistido por alguém que possa orientá-lo a respeito, sua vulnerabilidade à exposição midiática se potencializa. Por outro lado, se a pessoa presa é um repórter policial influente – que não é mais tratado como “criminoso”, pois a audiência dos programas que apresenta depende da sua imagem de cidadão honesto – a matéria-prima torna-se desinteressante, e a mercadoria, pouco vendável.

O Direito Penal é mecanismo de exercício de poder. Constrói um discurso que precisa ser convincente, para conseguir “controle” (ou tentar consegui-lo). A imprensa também atua como instrumento de exercício de poder, e, no que afeta a delinquência, desenvolve um discurso próprio, tão estereotipado quanto o próprio discurso penal. Não é à toa que ela, imprensa, cria meios para que esse discurso se torne o mais apelativo possível: repórteres travestidos de arapongas, com câmeras ou gravadores escondidos, que registram imagens e sons sem a ciência do interlocutor, como se esse fosse um instrumento legítimo de coleta de informação no Estado democrático de direito; testemunhas “sem rosto”, que não querem ser identificadas – e que, só por isso, não deveriam sequer ser entrevistadas no ar – e prestam depoimentos fragmentados sobre algum episódio da pauta do dia, sem que se possa saber, afinal de contas, quem é aquela pessoa que está falando; conversas telefônicas que deveriam, pelo menos até o encerramento da investigação policial, ser sigilosas, são divulgadas em pequenos trechos, pontualmente escolhidos, mas sem que se explique como o órgão de imprensa teve acesso àquela gravação⁽³⁾.

A ideia de que a imprensa revela a “verdade”, os fatos segundo ocorreram, é, muitas vezes, falaciosa. Não há verdade que não seja resultado da interpretação da realidade. Cada realidade pode produzir, portanto, diversas verdades, tantas quantas forem as possibilidades de interpretação dessa mesma realidade. E como toda interpretação, aquela que os meios de comunicação fazem dos acontecimentos a fim de construir a notícia será sempre parcial e, portanto, incompleta.

Patrick Charaudeau ressalta que as provas da verdade pertencem à ordem do imaginário, ou seja, estão fundadas nas representações que um grupo social adota a

respeito de algo que é suscetível de validar uma informação, dando-lhe certa garantia. E essa validade consiste em demonstrar a *autenticidade* e a *verossimilhança* da informação. A autenticidade se caracteriza pelo fato de que é possível atestar a própria existência dos seres do mundo, sem qualquer filtro entre o mundo empírico e a percepção humana. Esse mecanismo busca construir uma realidade de “transparência”, de ordem, portanto, ontológica, provada, como se a verdade dos seres consistisse na simples condição de “estarem aí”. Assim, os meios utilizados para a construção desse imaginário realizam a regra segundo a qual “a verdade é o que eu mostro”. Aqui, recursos como a exibição de documentos e de imagens se prodigalizam no esforço da mídia de mostrar o mundo tal como ele é.

A verossimilhança, por sua vez, pressupõe a possibilidade de se reconstruir analogicamente aquilo que *foi* (passado), partindo-se do pressuposto de que, para o destinatário da informação, os fatos já se produziram. Molda-se, desta forma, uma realidade de suposição, com meios que tendem à reconstrução de um acontecimento, segundo a regra “assim deve ter ocorrido isto”. Entrevistas e depoimentos de testemunhas compõem um trabalho de investigação que a imprensa realiza buscando refazer o que aconteceu⁽⁶⁾.

Ocorre que esses recursos, a despeito de sua idoneidade para construir a informação, não podem representar violação a princípios constitucionais como o da presunção de inocência e da inadmissibilidade de provas ilícitas. Ademais do aspecto de conformidade constitucional, há que se ter em conta que os meios empregados pela mídia para conferir autenticidade e verossimilhança à informação tendem, invariavelmente, a robustecer a estigmatização inerente à dinâmica da intervenção penal e a interferir, não raro, nos rumos da política criminal. No Brasil, e desde bastante tempo, leis penais são promulgadas em virtude da maior intensidade com que determinadas notícias são veiculadas. O direito penal como *ultima ratio* torna-se, então, uma fórmula teórica meramente ideal. Antes da criminalização primária, há a *criminalização midiática*. O processo penal se recrudescer, pois a ansiedade social pela resposta condenatória funciona como um sintoma da celeridade com que os meios de comunicação tiram e divulgam conclusões. E nada melhor para satisfazer essas expectativas punitivas do que avivar a inquisitorialidade do processo, prodigalizando a prisão provisória, reduzindo as possibilidades de defesa e entregando à massa, muito antes do que se deveria, um culpado.

Em outras palavras, o modelo de intervenção penal nas sociedades neoliberais acaba condicionado, e muito, pela influência da mídia. No mais das vezes, essa influência tem proporcionado apenas a expansão do direito penal, que passa a ser utilizado como instrumento de defesa social, e que encontra legitimidade na ideia de que tem ele, direito penal, aptidão para proteger a maioria, não desviada e socialmente ajustada, da minoria desviada e perigosa. E a proposta maniqueísta da segurança pública, segundo a qual a delinquência constitui um fenômeno indesejado, protagonizado por indivíduos que compõem uma camada social perfeitamente identificável, e que podem, portanto, ser inocuidados.

Já é passada a hora de se reconhecer, com sinceridade e coragem, que o exercício de garantias processuais penais não pode depender da utilização que a mídia faz da imagem do investigado ou acusado; que a pauta da política criminal não pode ser definida pelo que a mídia elege como relevante; e que a seletividade dos meios de comunicação na escolha de quem será rotulado como “criminoso” não constitui aspecto da liberdade de informação, mas, ao contrário, representa exercício arbitrário desse direito constitucional. Se isto acontecer, talvez o negro pobre e o repórter sejam tratados pela mídia da mesma forma. E é claro, quem vai agradecer é o negro pobre.

NOTAS

- (1) A Constituição Federal de 1988 conferiu ao direito à imagem o *status* de garantia fundamental prevista em seu art. 5º, X, assegurando não apenas a sua inviolabilidade, mas também o direito do lesado à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua afetação.
- (2) A expressão é de **Nilo Batista** (“*Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*”, in *Discursos Sediciosos* nº 12. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002).
- (3) O Anteprojeto do novo Código de Processo Penal, elaborado por comissão de juristas cujos trabalhos foram coordenados pelo min. **Hamilton Carvalhido**, do Superior Tribunal de Justiça, e recentemente encaminhado ao Congresso Nacional, prevê, em seu art. 11, *caput*, que “*toda investigação criminal deve assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato e preservação da intimidade e vida privada da vítima, das testemunhas e do investigado*”, acrescentando, em seu parágrafo único, que “a autoridade diligenciará para que as pessoas referidas no *caput* deste artigo não sejam submetidas à exposição dos meios de comunicação” (grifado).
- (4) *El discurso de la información: la construcción del espejo social*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003, pp. 65-66.
- (5) *Ibidem*, p. 66.

Marcus Alan de Melo Gomes

Mestre e doutor em Direito pela PUCSP. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Pará (Graduação e Programa de Pós-Graduação em Direito). Juiz de Direito.

A REGRA DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Até a edição da Lei n. 11.719/2008, não vigorava no processo penal brasileiro a regra da identidade física do juiz⁽¹⁾. Mais do que a ausência de uma previsão expressa, a não adoção da identidade física do juiz decorria da estrutura do procedimento até então adotada.

A identidade física do juiz é um dos corolários do sistema da oralidade. Sua adoção isolada, sem que se preveja um procedimento concentrado, com instrução em audiência una ou em poucas audiências, realizadas em momentos próximos, e imediatidade na produção da prova, será de pouca ou nenhuma serventia.

No sistema originário do Código de Processo Penal, o procedimento comum ordinário se desenvolvia com a realização de várias audiências: uma de interrogatório, outra de oitiva de testemunhas de acusação, e uma terceira de oitiva de testemunhas de defesa. Sem a concentração, é inviável a aplicação da identidade física do juiz. Justamente por isso, era muito comum que o juiz proferisse sentença sem que tivesse colhido a prova. Além da identidade física do juiz, também a imediatidade era comprometida, com claro prejuízo para a reconstrução dos fatos.

Com a Lei n. 11.719/2008, o novo § 2º do art. 399 do CPP passou a prever a *identidade física do juiz*. A mesma Lei também reformou o procedimento comum ordinário e sumário, que passaram a se desenvolver em audiência una, de instrução, debates e julgamento (CPP, art. 400, *caput*, e art. 531) e, portanto, com *concentração*. Além disso, a nova redação do art. 155, *caput*, dada pela Lei n. 11.690/2008, deixou claro que a prova a ser valorada pelo juiz é aquela produzida em contraditório, o que fortalece a regra da *imediatidade*.

Todavia, a previsão da identidade física do juiz no § 2º do art. 399 do CPP pecou por ser incompleta. O dispositivo prevê, apenas, que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. A primeira vista, parece que apenas há uma vinculação do juiz da instrução à sentença. Mas, é preciso perceber, ainda, outro significado, que realmente permitirá realização de uma efetiva oralidade, com todas as vantagens dela decorrentes: a expressão “juiz que presidiu a instrução” deve ser entendida como a previsão de que **toda a instrução deve se desenvolver perante um único juiz**, que deverá ser o mesmo que sentenciará o feito.

Tanto a oralidade quanto a imediação não são possíveis se os diversos atos processuais se desenvolverem perante pessoas físicas diversas⁽²⁾. Nas palavras de **Florian**, a imediação requer como corolário prático a identidade física do juiz: o juiz que profere a sentença deve ser o mesmo que assistiu ao debate, sendo necessário que todo o material seja oferecido sempre perante o mesmo juiz⁽³⁾.

Aliás, a primeira tentativa de introdução da identidade física do juiz, no processo penal brasileiro, se deu com o Anteprojeto de Código de Processo Penal, de autoria de **José Frederico Marques**, que previa: “O juiz, titular ou substituto,

julgando a causa, salvo se for transferido, licenciado, promovido, convocado ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas”. Ou seja, toda a instrução deveria se dar perante um mesmo juiz, que deveria julgar o feito.

O novo § 2º do art. 399 do CPP limitou-se a prever que: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Seria melhor se tivesse deixado claro que o juiz que iniciasse a instrução deveria concluí-la e julgar o processo. Se o legislador não o fez, porque acreditou que todos os processos se resolveriam em audiência una, de instrução, debates e julgamento (CPP, art. 400, *caput* e art. 531), merece ser criticado por sua ingenuidade. Embora o ideal seja a realização de audiência una, a prática, infelizmente, tem desmentido tal previsão. De qualquer forma, o novel dispositivo exige que o juiz da instrução deve sentenciar o processo, pelo que toda a instrução deve se dar perante um mesmo juiz.

Não se desconhece as dificuldades práticas na adoção de um sistema verdadeiramente concentrado, com audiência una ou, no caso de mais de uma audiência, que se realizem em curto espaço de tempo. Em muitos casos, a audiência tem sido interrompida pelo não comparecimento de uma testemunha, ou pela necessidade de oitiva de uma testemunha referida, ou de realização de uma nova prova pericial. Não havendo verdadeira concentração, quanto mais distante temporalmente for a realização das audiências, maior será a dificuldade de que um mesmo juiz presida toda a instrução e

julgue o feito. Ainda assim, mesmo diante das dificuldades práticas, no processo penal, toda a instrução deve se dar perante um mesmo juiz.

Adotado no processo penal a identidade física do juiz, fatalmente haverá situações concretas que acabarão fazendo com que se tenha que excepcionar tal regra. Mormente quando se exige que toda a instrução se desenvolva perante um mesmo juiz, a identidade física do juiz não é uma regra absoluta: *impossibilia nemo tenetur!* Na ausência de previsão legal de hipóteses de relativização da identidade física do juiz penal, podem ser aplicadas, por analogia – pois nesse ponto sim, há lacuna –, as exceções previstas no processo civil. Assim, o “juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (CPP, art. 399, § 2º), “salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor” (CPC, art. 132, *caput*, parte final)⁽⁴⁾. Nestes casos, mesmo que toda a instrução tenha sido presidida por um juiz, se, no momento de sentenciar o feito, outro estiver respondendo pelo processo, será este que deverá julgá-lo.

Discorda-se, portanto, do entendimento prevalecente, no sentido de que, havendo lacuna legal na definição do juiz penal que sentenciará o feito, quando mais de um magistrado presidir a instrução, a resposta deve ser buscada, por analogia, no art. 132, *caput*, do Código de Processo Civil: o juiz que *encerrar* a instrução deverá sentenciar o feito⁽⁵⁾. **Inexiste lacuna quanto ao marco cronológico para a vinculação**, pois, no processo penal, um único juiz deve conduzir toda a instrução. Não há necessidade de se definir qual, entre os diversos juízes que tenham participado da instrução, irá sentenciar o feito, se **toda a prova deve se colhida por um mesmo juiz**.

O regime vigorante no processo civil – juiz que conclui a instrução – é pouco eficaz do ponto de vista do escopo da regra de identidade física do juiz que, juntamente com a imediação, visam propiciar ao julgador melhores condições de valoração da prova. Por exemplo, quando quase toda prova seja colhida perante um juiz, mas um outro julgador, posteriormente, presida apenas a colheita de uma diligência complementar, de menor relevância, este último que ficará vinculado para a sentença.

Assim, caso venha a se firmar o entendi-

mento majoritário que está se formando, com o qual, repita-se, não concordamos, será necessário definir o que se entende por “juiz que encerrou a instrução”.

O juiz que “encerrou a instrução” deve ser aquele **perante o qual foram produzidas as últimas provas orais**. As declarações da vítima, o depoimento das testemunhas e, quando ocorrerem, os esclarecimentos orais dos peritos, devem ser produzidos em contraditório, na presença das partes e do juiz. Para tais provas vigoram, com toda a força, a oralidade, a imediatidade e a concentração, com a conseqüente observância da identidade física do juiz. O mesmo se diga, embora não se trate de meio de prova, mas de meio de defesa, do interrogatório do acusado.

Por outro lado, se o último ato de instrução foi a produção de uma “prova real”, por exemplo, a juntada de um documento⁽⁶⁾ ou a juntada de um laudo pericial ou mesmo de laudo complementar⁽⁷⁾, o juiz que praticar tais atos, meramente receptivos do meio de prova, não estará vinculado para sentenciar o processo. Como destacava **Cappelletti**, o princípio da oralidade é de escassa importância com relação à prova documental, assumindo um valor nulo ou quase nulo no caso de provas pré-constituídas⁽⁸⁾. Nesse sentido, também, vem se pronunciando a jurisprudência, considerando que não se vincula ao processo o juiz que não colheu prova em audiência⁽⁹⁾.

Se na audiência foram realizados apenas os debates orais, sem a colheita de qualquer prova, o juiz que a presidir não ficará vinculado, devendo o feito ser julgado pelo magistrado que colhe a prova na primeira audiência⁽¹⁰⁾. Da mesma forma, no caso de conversão dos debates orais em memoriais (CPP, art. 402), também não haverá vinculação do juiz que, em audiência, tenha se limitado a marcar prazo para a apresentação dos memoriais⁽¹¹⁾, ou do juiz que oficiava no feito no momento em que foram apresentados os memoriais, se este não tiver sido o juiz que instruiu o feito.

Outra questão é **definir a quais procedimentos se aplicam a identidade física do juiz**. A resposta exige uma interpretação sistemática da Reforma do CPP de 2008. A identidade física do juiz deve atuar integradamente com o sistema da oralidade, que tem como outras características a concentração e a imediação. Assim, nos procedimentos especiais que adotem estrutura concentrada, desenvolvendo-se mediante audiência uma de instrução, debates e julgamento, terá incidência a regra da identidade física do juiz (CPP, art. 399, § 2º), por aplicação subsidiária das disposições do procedimento

comum ordinário, nos termos do § 5º do art. 394 do CPP⁽¹²⁾ como, por exemplo: no procedimento especial da Lei n. 11.343/06 (art. 57, *caput*), no procedimento sumaríssimo da Lei n. 9.099/1995 (art. 81, *caput*) e no procedimento da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 4898/65, art. 22 a 24). Já nos procedimentos em que há previsão de mais de uma audiência, como no caso do procedimento para os crimes eleitorais, não será possível a aplicação da identidade física do juiz.

Qual a **conseqüência da violação da regra da identidade física do juiz?** Predomina o entendimento de que a regra da identidade física do juiz estabelece um caso de competência funcional,⁽¹³⁾ cuja violação acarreta a nulidade da sentença⁽¹⁴⁾. Discorda-se de tal entendimento. A competência trata da legitimidade do exercício da jurisdição entre os diversos órgãos jurisdicionais. É distribuição de competência entre órgãos, e não entre juízes fisicamente considerados⁽¹⁵⁾. Mesmo no caso de competência interna, em um mesmo juízo, não significa que um juiz especificamente considerado seja definido como competente. Por exemplo, a competência será do órgão, isto é, da vara ou juízo, mas não do juiz que nela atua (p. ex.: do juiz titular ou do juiz substituto). De qualquer forma, a violação da regra da identidade física do juiz influi “na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”, sua violação acarreta nulidade (CPP, art. 566) da sentença. Trata-se de nulidade absoluta,⁽¹⁶⁾ na medida em que haverá “prejuízo evidente” no julgamento por juiz diverso daquele que presidiu a instrução.

Há, por fim, um aspecto de fundamental importância: **a regra da identidade física do juiz está ligada à garantia do juiz natural**. Para **Ferrajoli**, o único modo de satisfazer plenamente o princípio do juiz natural é pré-constituir, por lei, critérios objetivos de determinação da **competência de cada magistrado individualmente**, e não só dos ofícios aos quais esses pertencem⁽¹⁸⁾. A regra da identidade física do juiz, embora não tenha influência para a determinação da vara ou juízo competente, será relevante para determinar, legal e previamente, do ponto de vista subjetivo e pessoal, qual juiz ficará vinculado ao processo. Será, portanto, um importante mecanismo para evitar que, no momento culminante do proces-

so, isto é, de sentenciar o feito, possa haver substituição do juiz, em razão de critérios aleatórios, para não se dizer discricionários ou abusivos, colocando em risco o direito ao julgamento por juiz imparcial. Nenhum motivo pessoal ou caprichoso poderá ser justificativa para que o juiz que presidiu a instrução deixe de julgar o

feito. Cabe lembrar que o Projeto de Lei n. 1655, de 1983, após estabelecer a regra da identidade física do juiz, tinha importante disposição no § 2º do art. 62: “*Está sujeito à sanção disciplinar, prevista na legislação sobre organização*

O regime vigente no processo civil – juiz que conclui a instrução – é pouco eficaz do ponto de vista do escopo da regra de identidade física do juiz que, juntamente com a imediação, visam propiciar ao julgador melhores condições de valoração da prova.

judiciária, o juiz que, por manifesto intuito protelatório, não concluir, antes de seu afastamento, a instrução do processo de acusado preso, por ele iniciada”.

Em suma, as regras foram mudadas. Adotou-se a identidade física do juiz e modificou o sistema para um modelo efetivamente oral, o único compatível com um verdadeiro processo acusatório. Resta, agora, que o Estado assegure ao Poder Judiciário o número de magistrados suficiente e adequado para a enorme quantidade de processos a serem julgados; que o Poder Judiciário adote uma organização judiciária condizente com o novo sistema; que os juízes, os representantes do Ministério Público e os defensores mudem suas mentalidades e se preparem para atuar em um processo oral, concentrado, com relação de imediação entre a prova e o juiz que irá sentenciar o feito.

NOTAS

- (1) Cf.: STF, HC n. 74.131/MG, HC n.74333/RJ; STJ, HC 12.751/RS.
- (2) Nesse sentido: **James Goldschmidt**. *Problemas jurídicos y políticos de l proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 85. E **Giuseppe Chiovenda**. “Relazione sul progetto di riforma del procedimetro elaborato dalla Commissione per il dopo guerra, In: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Milano: Giuffrè, 1993, v. II, p. 31”, que acrescenta, ainda, no caso de juízos colegiados, que “se a causa não pode se desenvolver em única audiência, o colégio da nova audiência deve ser composto das mesmas pessoas diante da qual a causa começou a se desenvolver”. No mesmo sentido, com relação ao processo penal: **Eduardo Massari**. *Il Processo Penale nella nuova legislazione italiana*. Napoli: Jovene, 1934, p. 121.
- (3) **Eugenio Florian**. *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Trad. **Leonardo Prieto-Castro**, Madrid: Bosch, 1934, p. 105.
- (4) Cf.: **Andrey Borges de Mendonça**. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 286-287; **Luiz Flávio Gomes**; **Rogério Sanches Cunha**; **Ro-**

- naldo Batista Pinto.** *Comentários às Reformas do CPP e da Lei de Trânsito.* São Paulo: RT, 2008, p. 342; de **Guilherme de Souza Nucci.** *Código de Processo Penal Comentado.* 8ª ed. São Paulo: RT, 2008, p. 720-721; **Leandro Galluzzi dos Santos.** *Procedimentos – Lei 11.719, de 20.06.2008.* In: **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (Coord.), *As Reformas no Processo Penal. As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma.* São Paulo; RT, 2008, p. 329; **Eugênio Pacelli de Oliveira,** *Curso de Processo Penal.* 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 500; **Fernando da Costa Tourinho Filho.** *Processo Penal.* São Paulo: Saraiva, 2009, v. 4, p. 62; **Vicente Greco Filho.** *Manual de Processo Penal.* 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377. Na jurisprudência: TRF 2ª Região, CC n. 2009.02.01.000069-0.
- (5) Cf.: **Nucci.** *Código ...,* p. 721; **Rangel.** *Direito ...,* p. 502; **Pacelli de Oliveira.** *Curso ...,* p. 284; **Tourinho**

- Filho.** *Processo Penal,* v. 4, p. 62.
- (6) Cf.: STJ, REsp n. 20.474/SP.
- (7) Cf., com relação ao processo civil: STJ, REsp n. 19.359/SP, RSTJ 130/153.
- (8) **Mauro Cappelletti.** *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità.* Milano: Giuffrè, 1974, v. I, p. 111 e 117.
- (9) Cf.: STJ, AgRg no Ag n. 129.884/MG, AgRg no Ag n. 616.179/RS, REsp 499.188/SE.
- (10) Cf., com relação ao processo civil: STJ, REsp n. 7.219/MG.
- (11) Cf., com relação ao processo civil: STJ, REsp 10.843/SP, RT 712/267.
- (12) Cf.: **Mendonça.** *Nova reforma...,* p. 286.
- (13) Cf.: STF, REExt n. 102.561/PR, REExt n. 93.283/SC, REExt n. 84.308/MT.
- (14) Cf.: STJ, REsp 56.119/PE.
- (15) Cf., no processo civil, **Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery.** *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.* 9 ed., São Paulo: RT, 2006, p. 132.

- (16) Cf.: **Mendonça.** *Nova reforma...,* p. 286. Cf., no processo civil. **José Roberto dos Santos Bedaque.** *Comentários ao art. 132.* In: **Antonio Carlos Marcato** (Coord.) *Código de Processo Civil interpretado.* São Paulo: Atlas, 2004, p. 369.
- (17) Cf.: **Geraldo Prado.** *Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às idéias de Julio B. J. Maier.* In: **Gilson Bonato** (org.). *Direito penal e direito processual penal: uma visão garantista.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 112; **Adelino Marcon.** *O princípio do juiz natural no processo penal.* Curitiba: Juruá, 2004, p. 140-141.
- (18) **Luigi Ferrajoli.** *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.* Roma: Laterza, 1998, p. 606.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Mestre e Doutor em Direito Processual Penal pela USP.
Professor Doutor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP. Advogado criminalista.

BAGATELAS

Adauto Suannes

“Afastado desde 2005, quando determinou a soltura de 50 presos que cumpriam pena ilegalmente em delegacias superlotadas na comarca de Contagem (MG), o juiz resolveu abandonar a magistratura.”
(Jornal Folha de S.Paulo, edição de 27.05.2009)

É de primeiras linhas que *societas mater rixarum*. O Velho Testamento não exclui dessa regra nem a sociedade familiar, como se vê da relação conflituosa entre **Abel e Caim** (cf. Gênesis, 4,8) ou **Isaú e Jacó** (cf. Gênesis 25, 31-33). Não foi por outro motivo que **Moisés** (1250-1180 a.C.) invocou a autoridade divina para impor a seus comandados regras nas quais se buscava a paz social (cf. Êxodo 34, 28), repetindo, aliás, o que fizera **Hammurabi** (1792-1750 a.C.) alguns séculos antes.

Invocam-se aqui esses precedentes religiosos, como um arqueólogo que, com delicada vassourinha na mão, tenta desenterrar vestígios de um tempo longínquo, para falar de algo tão paleolítico quanto o que se costuma estudar sob o rótulo de Criminologia ou, mais pragmaticamente, Direito Penal.

É também de primeiras linhas que as tais sociedades humanas, onde o *quod plerumque accidit*, como dito acima, é a existência de desavenças, estabelecem regras de conduta, a cuja desobediência corresponde, em lugar do desacreditado fogo do inferno, algum sucedâneo que lhe faça as vezes. Lá e cá a finalidade é a mesma: contribuir para que a convivência das pessoas seja tão pacífica quanto possível no grupamento a que, pelos mais diversos motivos, voluntários ou não, elas pertençam.

Como regra geral, parte-se do princípio segundo o qual o bem supremo do ser humano, depois da vida, é a liberdade. Ameaçar o candidato a infrator (ou seja, qualquer um de nós) com o encerramento precoce de sua vida ou com a privação da liberdade parece algo suficiente para dissuadir-nos dessa pulsão, quando ela se revele. Até chegamos a pedir ao Deus Pai que “não nos deixe cair em tentação”, tão forte é nossa vocação para o pecado. E essa identidade entre as categorias religiosas e as criminológicas pode ser confirmada não apenas pela vestimenta sacerdotal dos julgadores como pela escolha de uma deusa para simbolizar essa atividade estatal. Isso para não falarmos do nome escolhido para designar o local onde o pecador permanecerá quando for “excomungado” (isto é, afastado dos seus companheiros de comunidade): penitenciária. Se a penitência é a pena imposta pelo confessor ao penitente para remissão do seu pecado, como diz **Caldas Aulete**, é útil recordar que ela supõe o arrependimento, segundo o mesmo dicionarista. Aliás, muitos teólogos consideram sinônimas as palavras arrependimento (do pecado cometido) e penitência, sendo o cumprimento da pena imposta pelo confessor somente a expressão externa desse arrependimento.

Curiosamente, ao mesmo tempo em que se observa a laicização crescente da sociedade (para dizer o menos), em 1984 introduziu-se, no Código Penal brasileiro, como fator minorante da pena, mais um elemento religioso: a confissão. Valha registrar que a doutrina tem entendido que isso nada tem a ver com arrependimento, que continua restrito aos *arcana Dei*. Menos mal.

Digno de registrar que a relação crime/pena só impropriamente pode ser equiparada à relação pecado/penitência. É que o confessor não pode agir *ex officio*. Para impor a pena penitencial ele necessita da iniciativa do pecador, ao passo que no mundo civil, o criminoso procurar a autoridade para confessar a prática do crime não só é coisa rara como deve ser recebida com reservas, como se colhe do artigo 341 do Código Penal e do artigo 197 do Código de Processo. De outra parte, ao reverso do que supõem os leigos, não há qualquer proporcionalidade entre a gravidade do pecado e o tipo de penitência a ser imposta ao pecador, coisa diversa do que se dá na relação crime/pena.

Se o arrependimento do criminoso, quando não seja legalmente eficaz, é irrelevante no campo da repressão penal e se é de presumir que o legislador, ao estabelecer os parâmetros da pena, levou em conta a gravidade da infração, qual o fundamento ético do chamado “regime progressivo” no cumprimento da pena? Que se esconde sob o rótulo de “bom comportamento”? O leitor certamente falará em “humanização da pena”, “ressocialização do condenado” e até, se tiver pendores poéticos, numa tal “ponte de ouro”, por intermédio da qual o excomungado retorna ao convívio dos seus pares, onde recomeçará nova vida, dedicada ao trabalho honesto e ao respeito ao próximo, mercê do apoio ali recebido, proveniente, principalmente, dos “homens de bem”, como nos julgamos nós outros, situados no alto escalão social. Alguém mais pragmático (ou mais cínico) talvez diga que o abatimento no prazo de encarceramento, tanto quanto o modo mecânico como são aplicadas penas ditas alternativas, tem o claro

escopo de impedir que as prisões se transformem (quando já não o são) em depósito de gente. Supõe-se que, se os juízes criminais, nas poucas horas de lazer de que dispõem, deixassem de lado os teóricos do Direito e lessem o livro de **Dráuzio Varela**, que levou à demolição do presídio famoso, ou o noticiário jornalístico diário, que nos dá conta de pecados e mais pecados injustificáveis, impuníveis e inarrendáveis atribuídos a autoridades pertencentes aos três Poderes da República, pensariam duas vezes antes de mandar para o purgatório aqueles pobres diabos que lá estão. Vã esperança! A isonomia ainda é mero princípio constitucional “carente de regulamentação”.

Quem é o juiz criminal? Ou, melhor: como deve ser o juiz criminal? É (*rectius*: deveria ser), antes e acima de tudo, um cidadão inserido em um dado momento histórico. Parafraseando **Robert G. McCloskey**, para muita gente, quando um juiz enverga a toga, ele deixa de ter ideias próprias e preconceitos, pautando-se exclusivamente pelo que se contém na lei. Ou, dito de outro modo: a lei seria um disco fonográfico e os juízes meros fonógrafos que reproduziriam fielmente o que havia sido gravado. Essa comparação está em seu *The American Supreme Court*, ao abordar a inafastável ideologia dos juízes.

Poderíamos citar nosso **Ranulfo de Mello Freire**: a lição dos doutrinadores serve para levar o juiz aonde ele já chegou por suas próprias pernas. A pergunta que se impõe então é esta: mas de que juiz estamos falando?

Quando **Alberto Silva Franco**, nos anos 80, proferiu os votos pioneiros no sentido da atipicidade das condutas aparentemente danosas, mas sem relevante potencialidade para justificar a imposição de pena, ditos “crimes de bagatela”, não faltou quem censurasse, por ignorância ou má-fé, isso que os entendidos chamam de “ativismo judicial”. Que é isso? “*Judicial activism is what the other guy does that you dont like*” é a literal observação de **Joel Grossman**, citado por **Lawrence Baum** em seu conceituado *The Supreme Court*. É claro que tal *boutade* ironiza os críticos do ativismo e não o próprio ativismo.

Já dissemos alhures, ao aludirmos ao papel político da Suprema Corte norte-americana, que “no que tange aos direitos fundamentais, a Suprema Corte nem sempre apresentou um entendimento uniforme, não sendo incomum que se reconhecesse aos Estados o direito de restringir o exercício deles, no interesse da sociedade, ainda que a Corte sempre se mostrasse dividida quanto à possibilidade disso. Surgiram assim duas correntes de entendimento, que os autores denominam *interpretivism* e

noninterpretivism. Segundo a primeira corrente, os direitos fundamentais a que incumbe à Corte zelar são apenas e tão somente aqueles que se encontram previstos expressamente na Constituição Federal (aí incluído o *Bill of Rights*). Uma subdivisão dessa corrente admite, quando muito, que se lance mão da história da Carta para eventualmente trazer ao caso concreto o pensamento dos seus redatores. A outra corrente, mais liberal, aceita que “*constitutional principles and norms can be found outside of the constitutional document*”.

Como é isso no Brasil?

Mandar para a prisão quem não tem condição de pagar quem lhe dê uma assistência jurídica digna de ser chamada de ampla, como exige o catálogo constitucional que diz com o *due process of law*, em escandaloso contraponto à situação de quem tem capacidade econômica para apresentar dezenas e dezenas de recursos, com a óbvia finalidade de impedir o trânsito em julgado da decisão condenatória, valendo-se da discutível amplitude dada ao princípio da presunção de inocência, só não sensibiliza os insensíveis, dada a óbvia quebra do também constitucional princípio da isonomia. Uma lata de ervilha aqui, uma barra de chocolate ali, um pacote de margarina acolá já não justificaram que alguns juízes, em nome certamente de alguma cinematográfica “tolerância zero” (*Law & Order* não é um seriado exibido pela nossa televisão?), mantivessem na prisão “negros ou quase-negros de tão pobres”, para citarmos **Caetano Veloso**?

Não há de ser por outro motivo que nossa Suprema Corte vem afirmando que “*verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser extinto o processo da ação penal, por atipicidade do comportamento e consequente inexistência de justa causa*”, como disse o ministro **Cezar Peluso**, relator do *Habeas Corpus* n° 88393.

A ministra **Ellen Gracie** traçou os contornos da bagatela criminal: “*O princípio da insignificância está intimamente relacionado ao bem jurídico penalmente tutelado no contexto da concepção material do delito. Se não houver proporção entre o fato delituoso e a mínima lesão ao bem jurídico, a conduta deve ser considerada atípica, por se tratar de dano mínimo, pequeníssimo. O critério, em relação aos crimes contra o patrimônio, não pode ser apenas o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamen-*

tos reconhecidos como de bagatela, nos quais tem perfeita aplicação o princípio da insignificância. O critério da tipicidade material deverá levar em consideração a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.” (*Habeas Corpus* n° 92531)

Nem o rigoroso ministro **Joaquim**

Barbosa rejeita tal princípio, adotando-o até mesmo quando não foi invocado: “*Não se admite Recurso Extraordinário em*

Digno de registrar que a relação crime/pena só impropriamente pode ser equiparada à relação pecado/penitência.

que a questão constitucional cuja ofensa se alega não tenha sido debatida no acórdão recorrido e nem tenha sido objeto de Embargos de Declaração no momento oportuno. Princípio da insignificância reconhecido pelo Tribunal de origem, em razão da pouca expressão econômica do valor dos tributos iludidos, mas não aplicado ao caso em exame porque o réu, ora apelante, possuía registro de antecedentes criminais. Para a incidência do princípio da insignificância só devem ser considerados aspectos objetivos da infração praticada. Reconhecer a existência de bagatela no fato praticado significa dizer que o fato não tem relevância para o Direito Penal. Circunstâncias de ordem subjetiva, como a existência de registro de antecedentes criminais, não podem obstar ao julgador a aplicação do instituto.” Caso, pois, era de “*concessão de habeas corpus, de ofício, para reconhecer a atipicidade do fato narrado na denúncia, cassar o decreto condenatório expedido pelo Tribunal Regional Federal e determinar o trancamento da ação penal existente contra o recorrente.*” (*Recurso Extraordinário* n° 514531)

Não clama aos céus que alguém acusado da prática de fato atípico tenha de chegar à Suprema Corte para recuperar a liberdade ou sua condição de primário? Responde o ministro **Cezar Peluso**, no julgado já referido: “*Ação penal. Suspensão condicional do processo. Inadmissibilidade. Ação penal destituída de justa causa. Conduta atípica. Aplicação do princípio da insignificância. Trancamento da ação em habeas corpus. Não se cogita de suspensão condicional do processo, quando, à vista da atipicidade da conduta, a denúncia já devia ter sido rejeitada.*”

Se a denúncia deveria ter sido rejeitada, é de concluir que o juiz descumpriu seu dever. E que acontece a um juiz que descumpra seus deveres?

Recentemente, ao conceder o *habeas corpus* que pôs fim a um abuso inominável, depois de dizer que “*parece insofismável que a Promotora de Justiça, com o beneplácito da Juíza de origem, transbordou, e*

em muito, suas atribuições”, registrou o ilustre relator: “Vilipendiou-se, sem qualquer necessidade legal, atos e manifestações profissionais de advogados, como o são, resalte-se, os levantamentos judiciais embaçados em mandato externando a cláusula ad judicium, surrupiando a eles, convenha-se, a inviolabilidade preconizada na Lei Maior do País (cf. artigo 133 da CF)”.

Atribuindo a autoridades públicas

ações abrangidas pelos verbos vilipendiar e surrupiar, quais as providências que tomou a E. Turma julgadora com vistas a eventual punição dos responsáveis por isso? Nenhuma, pois “quanto à sugestão de remessa de cópias aos Conselhos Superiores da Magistratura e do Ministério Público, é de se ter presente que os pequenos erros, os diminutos equívocos ou deslizes profissionais mínimos, como se queira

chamá-los, sempre estão à volta de ser humano, em especial daquele que tem a atribuição de investigar ou de decidir.” (TJSP HC 1.011.561-3/8-000).

Um juiz vilipendiar e surrupiar é coisa de somenos importância, nonada, bagatela.

Adauto Suannes

Desembargador aposentado do TJSP.

REFORMA PROCESSUAL PENAL E O RECONHECIMENTO DE PESSOAS: ENTRE A ESTAGNAÇÃO E O GRAVE RETROCESSO

Aury Lopes Jr.

O reconhecimento de pessoas é um importante instrumento probatório, principalmente no que se refere à apuração da criminalidade clássica. Infelizmente, nunca mereceu maior consideração por parte das comissões de reforma e, menos ainda, respeito a seus requisitos e formalidade por parte da maioria dos juízes e tribunais brasileiros. Nessa matéria, a informalidade e a indevida discricionariedade judicial predominam, às custas, não raras vezes, de graves injustiças. A problemática situa-se na dupla dimensão – legislativa e da prática forense – potencializando assim o dano decorrente do uso indevido deste importante instrumento de prova. E na reforma processual de 2008, que avanços foram realizados neste tema? Nenhum. E no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, transformado em Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009? Nenhum avanço e um grave retrocesso, como se verá.

I. Reformas que nada reformam

O reconhecimento de pessoas e coisas está previsto atualmente no art. 226 e ss. do CPP, e pode ocorrer tanto na fase pré-processual como também processual. No anteprojeto de reforma do CPP, o reconhecimento está regrado nos arts. 191 a 193, sendo o ponto nevrálgico estabelecido no art. 191⁽¹⁾. Basta uma rápida comparação para ver que não há nenhuma evolução ou reforma digna de nota. Os velhos problemas persistem: quantas pessoas devem participar do ato de reconhecimento? E a problemática lacuna em torno do “reconhecimento” por fotografias⁽²⁾, será resolvida? E o reconhecimento que dependa de outros sentidos, como o acústico, olfativo ou tátil, quando será disciplinado? No anteprojeto do CPP, nada consta.

Quanto ao número de pessoas, a omissão não pode persistir. Recomenda-se que não seja inferior a 5 (cinco)⁽³⁾, ou seja, quatro pessoas mais o imputado, para maior credibilidade do ato e redução da margem

de erro. Outro aspecto fundamental é a “semelhança física”, pois deve-se criar um cenário cujo nível de indução seja o menor possível, com pessoas de características físicas similares (estatura, porte físico, cor de cabelo e pele etc.). Tais cuidados, longe de serem inúteis formalidades, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país.

II. Necessidade de redução de danos. Reconhecimento sequencial

Existem duas formas de reconhecimento pessoal: simultâneo e sequencial. Nosso Código de Processo Penal optou pelo sistema simultâneo, onde todos os membros são mostrados ao mesmo tempo. Esse é o método mais sugestivo e perigoso.

Atualmente, a psicologia judicial tem apontado para o reconhecimento sequencial como mais seguro e confiável, pois como explica Williams, neste sistema os suspeitos são apresentados um de cada vez e, para cada um, é solicitado à testemunha ou vítima que, antes de ver o próximo suspeito, responda se foi esse o autor do fato ou não. Isso implica uma tomada de decisão por parte de quem está reconhecendo, sem que saiba quantos participam do reconhecimento. Diminui-se, assim, o nível de indução, e potencializa-se a qualidade do ato, pois, se no reconhecimento simultâneo a vítima ou testemunha “faz um julgamento relativo no processo de tomada de decisão (Wells, 1984), isto é, ela toma sua decisão julgando qual o membro mais semelhante ao culpado, comparando os membros entre si”, no reconhecimento sequencial, “a testemunha faz um julgamento absoluto, comparando cada membro do reconhecimento com a sua própria memória do culpado”⁽⁵⁾.

Deve-se agregar, ainda, as variações de reconhecimento “com suspeito presente” e “sem suspeito presente”, ou seja, deve-se permitir que o reconhecimento seja feito (de

forma simultânea ou seqüencial) apenas com distratores (pessoas que sabidamente não são autoras do crime). Nada disso foi considerado nas reformas.

III. A Degeneração decorrente da informalidade judicial

No processo penal, forma é garantia, e deve-se reduzir o espaço das informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado. É um absurdo quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato”. Essa “simplificação” arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, a prática é inadmissível.

Na Espanha, “la diligencia de reconocimiento en rueda” está prevista no art. 368 e ss. da LECrim e é considerada uma prova típica da fase pré-processual, sendo “atípica e inidônea para ser praticada en el plenario o acto del juicio oral” (cf. Tribunal Supremo nas decisões de 07/12/1984 e 05/03/1986). Mas se for praticada em juízo (e isso é necessário no sistema brasileiro) há uma preocupação muito grande para que seja realizada com as mesmas pessoas que estavam presentes na fase preliminar, sob pena de flagrante indução. Isto porque, quando repetido em juízo com outras pessoas, o único presente em ambos os atos seria o réu, e isso constitui um inequívoco induzimento ao reconhecimento⁽⁶⁾.

IV. O grave retrocesso civilizatório do Projeto de Reforma do CPP: condução coercitiva do imputado

O inciso V do art. 191 do Anteprojeto de Reforma do CPP remete para o art.

265, § 4º, que incrivelmente estabelece: “o acusado que regularmente intimado para a audiência não comparecer poderá ser conduzido coercitivamente se demonstrada a necessidade de reconhecimento de pessoa na produção da prova testemunhal.”

Mas o que é isso senhores? E o direito de defesa negativo? O nemo tenetur se detegere, o direito de silêncio, a não autoincriminação, enfim, a própria presunção de inocência (na dimensão de dever de tratamento), não representam nada? De onde saiu tão grave retrocesso civilizatório?

A Constituição desenha um complexo sistema de garantias que não podem ser analisadas de forma isolada ou tampouco ser objeto de drástico reducionismo. O direito de silêncio não é apenas a garantia de não declarar, mas acima de tudo, de não fazer, de não participar. A leitura deve ser mais ampla em se tratando de direitos fundamentais, pois a liberdade é a regra e a restrição a ela, a exceção. O que deve ser limitado é o poder, até porque, geneticamente comprometido com o abuso.

Ademais, a complexidade do sistema de garantias da Constituição faz com que o direito de silêncio não possa ser desconectado da esfera de eficácia da presunção de inocência, especialmente na sua dimensão de “dever de tratamento”. Recordemos que não há distribuição de carga probatória no processo penal, senão que a carga é inteiramente do acusador e não se pode impor ao réu um dever de “auxiliá-lo” nesta tarefa. Por ser presumidamente inocente, tem o imputado o direito de não participar de nenhum ato probatório que lhe possa incriminar ou

seja contrário ao seu interesse. O nemo tenetur se detegere (nada a temer por se deter, por não fazer) é uma importante

conquista civilizatória que está no núcleo do próprio direito de silêncio.

Logo, inadmissível o (pseudo) argumento de que o réu não

está protegido na medida em que não há “uma participação ativa” (!). É uma frágil tentativa de limitação da esfera de proteção constitucional do imputado, que por grosseiro reducionismo, tenta fazer crer que o réu pode ser retirado arbitrariamente de sua casa, conduzido coercitivamente para audiência e obrigado a submeter-se a um ato probatório contra o seu interesse! E que nada disso representa uma flagrante violação do direito de não auto-incriminação!

Mas e a Constituição, não constitui (nada)?

Em meio a tantos acertos da Comissão de Reforma do CPP, cujo mérito e qualidade dos membros é indiscutível, chama a atenção esse grave retrocesso. Na reforma processual de 2008, o art. 457 deu um importante passo em direção à máxima eficácia do direito de silêncio, ao assegurar ao réu o “direito de não comparecer” ao plenário do júri. Quando todos esperavam uma expansão da esfera de proteção, dá-se um salto para trás, em gravíssimo retrocesso civilizatório. Esperamos que a nobre Comissão de Reforma do CPP compreenda a gravidade do erro, para prontamente corrigi-lo no texto final. Como está, não pode ficar.

NOTAS

- (1) Art.191. “Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoal, proceder-se-á da seguinte forma:

I. – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III – a autoridade providenciará para que a pessoa a ser reconhecida não veja aquela chamada para fazer o reconhecimento;

IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto por menorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

V. – no reconhecimento do acusado será observado o disposto no art. 265, § 4º.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento”.

- (2) **LOPES Jr., Aury.** *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 4ª Edição. volume 1. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- (3) Entre 5 e 9 participantes é o número sugerido por **Real Martinez, Fariña Rivera e Arce Fernandez** (no trabalho “*Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación*”. In: *Psicología e Investigación Judicial*, pp. 93 e ss.) a partir de diversos estudos realizados no campo da psicologia judicial.
- (4) **Williams, Anna Virginia.** *Implicaciones psicológicas no reconocimiento de sospeitos: avaliando o efeito da emoção na memória de testemunhas oculares*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2003.
- (5) **Williams, Anna Virginia.** Op.cit.
- (6) Na sentença de 24/06/1991, o Tribunal Supremo da Espanha alertou ainda da dificuldade de repetir o reconhecimento quando da primeira vez foi realizado e forma incorreta, pois “*existe el grave peligro de que la persona que en la primera ocasión reconoció mal porque la rueda estaba mal constituida, siga reconociendo no al participe del hecho criminal, sino a quien ya fue defectuosamente identificado*”.

Aury Lopes Jr.

Doutor em Direito Processual Penal.

Professor Titular de Direito Processual Penal na PUCRS. Professor no Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado.

MEIOS INVASIVOS DE BUSCA DE PROVAS: INCOMPATIBILIDADE COM A DEMOCRACIA

Maria Lucia Karam

Propostas de trocar a liberdade por segurança paradoxalmente crescem no interior de Estados democráticos, desde as últimas décadas do século XX. Acompanhadas por um progressivo desvanecimento do desejo da liberdade, tais propostas estão na base da global expansão do poder punitivo e, assim, do global crescimento da violência, dos danos e das dores produzidos pelo sistema penal.

Tal cenário traz à lembrança a advertência de **Nils Christie** de que o maior pe-

rigio da “criminalidade” nas sociedades contemporâneas não é o crime em si mesmo. O maior perigo é sim o de que o pretexto da repressão ao crime conduza todas essas sociedades ao totalitarismo⁽¹⁾.

A perigosa aproximação entre democracias e Estados totalitários, no campo do controle social exercido através do sistema penal atuado pelo expandido poder punitivo, se mostra de forma eloquente na global disseminação de leis que indevidamente autorizam a quebra do sigilo de

dados pessoais (como o sigilo bancário ou financeiro), o acesso a registros e a interceptação de comunicações telefônicas ou através do computador, as escutas e filmagens ambientais (com a proliferação de gravadores e câmeras ocultas).

Instrumentais de escuta, de filmagens e de interceptação de comunicações, assim como infiltrações policiais e incentivos à delação, sempre fizeram parte apenas dos sombrios arsenais encontrados nos porões de Estados totalitários de todos os matizes,

sempre estiveram distantes dos Estados democráticos, por manifesta incompatibilidade com seus princípios basilares.

No entanto, com a expansão do poder punitivo, esses insidiosos e invasivos meios de investigação e de busca de provas paradoxalmente se instalaram em legislações de Estados democráticos, tornando-se uma global rotina do processo penal da era digital.

Os mais variados sequazes do expandido poder punitivo alegam uma suposta necessidade desses insidiosos e invasivos meios de investigação e de busca de provas, buscando os mais diversos pretextos – há os que anunciam riscos de ataques “terroristas”; os que apontam supostos perigos na disseminação das drogas tornadas ilícitas; os que apelam para uma suposta transnacionalidade criminosa ou para a sempre indefinida e indefinível “criminalidade organizada”; os que acenam com um suposto aumento incontrolável da “criminalidade das ruas”, isto é, das ações criminalizadas dos pobres; e os que, ao contrário, invocam uma “criminalidade de poderosos”, empresários ou políticos.

Os insidiosos e invasivos meios de investigação e de busca de provas paradoxalmente instalados em legislações de Estados democráticos, sob os incentivos, reivindicações e aplausos daqueles mais variados sequazes do poder punitivo, contrariam a transparência e a honestidade com que o Estado deve agir em uma democracia e excepcionam a tal ponto a garantia da inviolabilidade de dados e comunicações pessoais que estão muito próximos de acabar por eliminá-la, assim eliminando o próprio direito à intimidade e à vida privada.

Embora a violação da intimidade e da vida privada, proporcionada pelas novas tecnologias, também se faça por particulares, legal ou ilegalmente, é a atuação do Estado nesse campo que traz as maiores ameaças, pois é o Estado que concentra maiores poderes e que tem elementos para centralizar informações; é o Estado que tem o poder de eliminar a liberdade; é o Estado que exerce o mais violento dos poderes – o poder punitivo.

Câmeras espalhadas pelas ruas e prédios, gravando todos os movimentos; registros e escutas telefônicas; acesso a dados financeiros; acesso a emails e registros de buscas na Internet; tudo isso reunido pode fornecer um quadro não só invasivo como extremamente detalhado da vida de um indivíduo. São informações muito maiores do que as que seriam obtidas, por exemplo, por um detetive que seguisse alguém o tempo todo. A permanente vigilância, que viola o direito à intimidade e à vida privada e permite um controle total do Estado sobre cada passo do indivíduo, produz algo ainda mais

grave. O indivíduo permanentemente vigiado acaba por reprimir suas opiniões, por mudar seus hábitos, por ter medo de ser diferente, de questionar, acaba por se conformar aos padrões dominantes, acaba por aderir à submissão. Este é, certamente, o ideal de todo Estado totalitário.

Investigações e buscas de provas incriminadoras através dos totalitários meios insidiosos e invasivos não se limitam, no entanto, à ilegítima violação da intimidade e da vida privada. Vão além, violando ainda outros direitos fundamentais.

A quebra do sigilo de dados pessoais, a interceptação de correspondências e de comunicações, as escutas e filmagens ambientais são meios de investigação e busca de provas que claramente violam a garantia do direito a não se autoincriminar. Agindo de forma insidiosa, o Estado indevidamente faz com que o próprio indivíduo que está sendo investigado ou acusado seja enganado e colabore, sem o saber, para fazer prova contra si mesmo.

Pretender fazer com que quem figura ou figurará como réu em processo penal direta ou indiretamente contribua para a formação de provas contra si mesmo significa ainda pretender uma indevida inversão do ônus da prova, significando, portanto, em última análise, uma desautorizada vulneração da garantia do estado de inocência.

Além de violarem o direito à intimidade e à vida privada, além de violarem as garantias do direito a não se auto-incriminar e do estado de inocência, as previsões legais desses totalitários, ilegítimos, insidiosos e invasivos meios de investigação e busca de prova violam ainda a garantia do contraditório.

Exigindo, por sua própria natureza, o desconhecimento daquele que terá seus dados abertos ou suas comunicações interceptadas, tais provas necessariamente se produzem de forma unilateral, excluindo a participação da defesa. Essa exclusão manifestamente anula a garantia do contraditório, cujo conteúdo se traduz exatamente na participação nos atos do processo dos dois lados em conflito. A introdução no processo de prova produzida sem o conhecimento do réu, de prova excludente de sua participação, rompe irremediavelmente com a garantia do contraditório, assim rompendo com a fórmula do devido processo legal. Provas válidas no processo penal de Estados democráticos são somen-

te aquelas produzidas perante o juiz natural e perante ambas as partes.

Não se trata, pois, de controlar ou de estabelecer limites às previsões legislativas desses totalitários, ilegítimos, insidiosos e invasivos meios de investigação e busca de prova. No campo da tutela da liberdade no processo penal, não são admissíveis quaisquer ponderações entre as normas fundamentais garantidoras dos direitos do indivíduo que figura como réu no processo e regras destinadas a viabilizar o exercício do poder punitivo, muito menos se podendo admitir a anulação de garantias em prol de uma totalitária superioridade de supostas necessidades de punição ou segurança.

Os totalitários, ilegítimos, insidiosos e invasivos meios de investigação e busca de prova, concretizados na quebra do sigilo de dados pessoais, na interceptação de correspondências e de comunicações, nas escutas e filmagens ambientais, vulnerando o direito à intimidade e à vida privada, anulando as garantias do direito a não se autoincriminar, do estado de inocência e do contraditório, afastando o devido processo legal, não têm lugar em Estados democráticos.

A ilegitimidade (e, portanto, a ineficácia) de todos os dispositivos legais que os prevêm há de ser proclamada, ainda que tais dispositivos encontrem, como no Brasil, autorização escrita na Constituição⁽²⁾, sendo imperativo o reconhecimento de que ali se tem nítido exemplo de regra constitucional inconstitucional, porque infringente de conteúdos democráticos fundamentais, porque ilegitimamente anuladora do núcleo essencial de normas constitucionais de hierarquia superior⁽³⁾.

NOTAS

- (1) *La Industria del Control del Delito – ¿La nueva forma del Holocausto?* (tradução: **Sara Costa**) Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p. 24.
- (2) Tal autorização se encontra ao final da regra do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, assim redigida: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.
- (3) Sobre o tema das regras constitucionais inconstitucionais, sempre se deve reportar à clássica conferência de **Otto Bachof**, traduzida para o português por **José Manuel M. Cardoso da Costa** e publicada sob o título *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

Maria Lucia Karam
 Juíza de Direito aposentada.

A MUDANÇA NO TRATAMENTO DO INTERROGATÓRIO

Antonio Scarance Fernandes

Nesta oportunidade em que se rende homenagem ao longo e profícuo trabalho desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, por intermédio da publicação mensal de seu *Boletim*, é interessante comentar, ainda que sucintamente, a mudança havida no tratamento dispensado pelo direito nacional ao interrogatório, nesse período em que o Instituto serviu como importante veículo para divulgação e debate deste e de outros temas relevantes de direito criminal.

O interrogatório é tido atualmente como importantíssimo meio de defesa. Porém, quando da elaboração do Código de Processo Penal, era visto como um meio de produção de prova e, por isso, destinado, em regra, à obtenção de confissão do acusado, essencial para a apuração da verdade real.

Assim, o interrogatório foi desenhado no Código como ato personalíssimo, do qual participariam somente o juiz e o interrogado. Do primeiro se esperava que, com argúcia, levasse o acusado a admitir a sua participação no crime. Embora se extraia do Código (art. 197) que a confissão, isoladamente, não autorizaria a condenação, ela sempre foi dotada de fortíssimo valor no convencimento do juiz sobre a responsabilidade do acusado. De outro lado, estava o acusado sozinho, sem acompanhamento de advogado, devendo, com suas próprias forças, se defender da melhor maneira possível. Se ficasse em silêncio, isso poderia ser levado em conta na formação da convicção do julgador (art.186). A colocação do interrogatório na sequência procedimental, como primeiro ato do processo após o recebimento da denúncia e a realização da citação, servia para que, em caso de confissão ou mesmo de deficiência do álibi apresentado, o juiz iniciasse a formação de seu convencimento em desfavor do acusado, com influência na maneira como iria colher os depoimentos.

A primeira e significativa mudança veio com a Constituição Federal de 1988. Em seu artigo 5º, LXII, afirmou que o preso deve ser informado de seu direito de permanecer calado. Logo se firmou a ideia de que esse direito não estava reservado unicamente ao preso, alcançando todo interrogado, sendo a expressão do direito ao silêncio da pessoa acusada. Formou-se a convicção de que não foram recepcionadas as normas em sentido contrário, ou seja, as regras dos artigos 186 e 198, as quais permitiam ao juiz considerar o silêncio como elemento de seu convencimento.

Com a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), inicia-se uma nova

leitura legislativa do interrogatório. É ele colocado, na audiência única do procedimento sumaríssimo, como ato posterior ao de inquirição das testemunhas (art. 81, *caput*), passando a ser considerado como ato de defesa, a qual melhor seria exercida pelo acusado após conhecer a prova contra si produzida.

As primeiras alterações no Código aconteceram em 2003, com a Lei 10.792, inspirada na necessidade de se ajustar o tratamento dado pelo Código ao interrogatório à Constituição Federal de 1988.

Fixou-se no plano ordinário o direito ao silêncio, antes consagrado constitucionalmente, com a alteração do artigo 186, dele constando que o acusado será informado do seu direito de ficar calado e de não responder às perguntas a ele formuladas. Por falha, manteve-se o artigo 198, o qual, por permitir ao juiz formar o seu convencimento com base na confissão do acusado, se já não podia ser aplicado por contrariar a Constituição, agora perdeu inteiramente a sua razão de ser por estar em dissonância com dispositivo de lei posterior.

A Lei nº 10.792/2003 trouxe outras importantes alterações. Previu a presença do advogado no interrogatório (art. 185, *caput*), assegurando, ainda, o direito do acusado de com ele se entrevistar reservadamente (art. 185, § 2º), regra de grande importância para os casos em que o defensor é nomeado.

Foi dado tratamento especial ao interrogatório do acusado preso (art.185, § 1º). Fixou-se a regra de que ele seria ouvido no próprio estabelecimento prisional em que se encontrava. Nessa época, optou o legislador pela ida do juiz ao presídio e não pelo sistema de videoconferência.

Ainda, admitiu-se que as partes pudessem pedir esclarecimentos ao juiz, após ele ter feito a inquirição (art. 188), aí se incluindo, conforme entendimento que se afirmou, o correu, que, por intermédio de seu advogado, poderia aclarar afirmações a ele incriminadoras.

Foram importantes tais alterações. Com a obrigatoriedade da presença do defensor do acusado, com o direito de entrevista prévia, buscou-se, antes de tudo, adaptar o interrogatório ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV),

acentuando-se ainda mais a ideia de ser ele ato de defesa. Com o direito das partes de pedirem esclarecimentos ao juiz, retira-se do interrogatório a noção de ser ato personalíssimo entre juiz e acusado, e, sem perder a sua natureza de ato de defesa, sem se impedir o acusado de exercer o seu direito

ao silêncio, serve a previsão para a melhor apreensão dos fatos e a melhor atuação do contraditório.

Outra mudança, de menor relevância, foi a explicitação legal de que o interrogatório se divide em duas partes, o que de certa forma sempre foi feito. A primeira trata da qualificação

do acusado (§1º, do artigo 187, do CPP) e pode influir na futura individualização da pena. A segunda relaciona-se com os fatos imputados ao acusado na denúncia ou queixa e com as suas posições defensivas, constituindo o interrogatório propriamente dito (§2º, do artigo 187, do CPP). O direito ao silêncio fica reservado, em regra, para a segunda parte do interrogatório, exceto quando os dados da primeira componham a estratégia defensiva desenvolvida pelo acusado e seu defensor.

Algumas novidades vindas com a reforma nos procedimentos em 2008 influíram no tratamento do interrogatório.

A colocação do interrogatório como ato posterior aos de inquirição das testemunhas iniciada com a Lei dos Juizados Especiais Criminais torna-se regra, deixando assentado definitivamente ser o interrogatório ato de defesa.

A afirmação da identidade física do juiz no art.399, § 2º, suscitou reflexões e dúvidas. Antes, por construção jurisprudencial, admitira-se a validade de interrogatório feito por meio de carta precatória. Seria isso viável agora? No nosso sentir, sim. A regra deve ser o interrogatório perante o juiz do processo, mas excessivo rigor no cumprimento dessa norma pode prejudicar o exercício de defesa pelo acusado, pois, residente ele em local distante e sem recursos para se deslocar até o local do juízo da causa, ficaria impedido de apresentar a sua versão a respeito do fato criminoso. Por essas razões, soa estranha a conclusão do acórdão do TRF 4ª Região (HC nº 2007.04.00.038333-1-PR, Jurisprudência Revista AASP 2603, p.4971). Após afirmar-se que o interrogatório “é

Fixou-se no plano ordinário o direito ao silêncio, antes consagrado constitucionalmente, com a alteração do artigo 186, dele constando que o acusado será informado do seu direito de ficar calado e de não responder às perguntas a ele formuladas.

considerado como um dos meios mais importantes da defesa do réu” e, ainda, que é “mais consentânea com o Princípio do Devido Processo Legal a efetivação do referido ato processual mediante o Juiz da causa”, negou *habeas corpus* a acusado cuja pretensão era ser interrogado por precatória, asseverando-se que ela somente é de ser admitida em circunstâncias excepcionais e se afirmando que “eventuais alegações de ser elevados os custos do deslocamento territorial perdem relevância”, sendo “encargos naturais de quem responde a um processo criminal” complexo.

Admitido o interrogatório por precatória, uma cautela será necessária. Como é ele ato posterior ao da inquirição das testemunhas, deve com a precatória serem enviadas cópias dos testemunhos colhidos, dando-se ao acusado, antes de ser ouvido, a possibilidade de os conhecer, pois assim poderá melhor exercer a sua defesa.

As mais recentes mudanças que o instituto do interrogatório sofreu vieram com a Lei nº 11.900/2009.

Uma mudança relevante ocorreu no tratamento do interrogatório de réu preso. Estabeleceu-se no artigo 185 e parágrafos uma ordem: o preso será ouvido pelo juiz no presídio (§1º); em casos excepcionais,

a inquirição poderá ser por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (§ 2º); se não se realizar o interrogatório pelas formas anteriores, o preso será requisitado para ser ouvido (§ 7º). Na realidade, o interrogatório perante o juiz no fórum, sendo o preso requisitado, deve ser a primeira forma a ser perseguida. Permite contato direto do juiz com o acusado. Não impede a audiência concentrada adotada agora para os diversos tipos de procedimento, sendo difícil a sua efetivação com o deslocamento do juiz ao presídio. A videoconferência deve ser excepcional, somente admitida nas hipóteses expressamente previstas.

O tema da videoconferência foi e continua sendo objeto de viva polêmica entre nós. Após ser feito por alguns juízes o interrogatório à distância, evoluiu-se para a sua realização por sistema de videoconferência. A sua efetivação foi autorizada por leis estaduais, como a lei paulista. Todavia, muitas vezes se levantaram contra o uso da videoconferência. Sempre nos pareceu que, se admitida, devia ser precedida de lei federal, por envolver matéria processual. Foi isso que, em linhas gerais, decidiu o

Supremo Tribunal Federal. Agora, a lei existe. O uso de videoconferência, de maneira excepcional, é aceito pelos países, principalmente em casos de criminalidade organizada, terrorismo. Essa nota de excepcionalidade é essencial. A utilização da videoconferência não deve ser pretexto para afastar o contato entre o juiz e o preso, ainda mais agora que se consagrou o princípio da identidade física do juiz. O maior problema, assim, está em verificar se a excepcionalidade foi observada pelo legislador. Parece que não, pelo menos com fulcro na imprecisa regra do inciso III, § 2º, do art. 185 que a permite para “responder a gravíssima questão de ordem pública”. A excepcionalidade alcança também a hipótese em que o acusado, por estar distante do local do juízo, poderá acompanhar a audiência e ser interrogado por videoconferência, ainda que solto, aplicando-se os artigos 185, § 2º, II, e 222, § 3º.

Antonio Scarance Fernandes

Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP.

Procurador de Justiça (aposentado).

Fundador e Coordenador do Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas- ASF Cursos e Eventos.

A RACIONALIDADE E A ESPETACULARIZAÇÃO DO DIREITO PENAL. UMA QUESTÃO DE RE-REPUBLICANIZAÇÃO

Wellington César Lima e Silva

A espetacularização do Direito Penal prejudica a todos. Não há cidadania plena e desembaraçada em um contexto de flagrantes e diuturnas violações às garantias individuais, a sensação de insegurança que a todos toca não pode ser pretexto para concessões desta natureza.

Os nossos justificáveis temores decorrentes deste estado de apreensão devem encontrar melhor veículo de difusão, afinal, o Direito Penal como medida de *ultima ratio* deve ter sua dignidade preservada, e com mais razão ainda, a dignidade das pessoas deve ser de toda forma assegurada. É imperativo que a utilização meramente simbólica do Direito Penal seja banida, pois constitui notável desserviço à democracia e uma afronta à lógica republicana, que tem na racionalidade dos atos de governo uma das suas principais características.

Uma sociedade madura pode e deve percorrer variados caminhos na tentativa de superação dos seus impasses e perplexidades, todavia, a supressão ou rebaixamento da segurança jurídica certamente não é o melhor caminho a trilhar. O Estado de Direito impõe categórico respeito às garantias legais, especialmente àquelas de primeira

grandeza plasmadas na Constituição. Seria enganoso supor que o desenvolvimento de um estado-policia! pudesse beneficiar à coletividade e atender ao interesse público. Os eventos criminosos, indubitavelmente, necessitam e reclamam firme combate, mas tal enfrentamento deve observar rigoroso respeito às regras do jogo.

A generalização dos instrumentos de controle e vigilância de forma indiscriminada, ameaça a ambiência democrática, e opera concreta e predominantemente em prejuízo dos setores mais vulneráveis, ainda que tenhamos, por vezes, impressão distinta. O papel que a cidadania efetivamente pode jogar nessa quadra é o de reforçar o debate na esfera pública em busca de soluções efetivas e aceitáveis, bem como o de renovar o permanente compromisso de reduzir os frequentes espasmos de irracionalidade do nosso sistema, uma vez que a seletividade é estrutural e incontornável.

A mídia, no particular, pode ser o verdadeiro fiel da balança, se fomentar o debate franco e profundo emancipa e educa; se ao revés, apenas simplesmente difunde o terror, debilita e escraviza a real cidadania, que numa democracia substantiva deve ser

por excelência informada e crítica.

Participar e deliberar são predicados de uma sociedade que se pretende legitimada nos seus procedimentos e práticas, o espetáculo apenas ilude, além de reforçar a máxima de **Lampedusa**, que assevera a necessidade de mudar para que tudo permaneça como antes.

Para que a mudança se opere de fato, talvez os diversos operadores do sistema (advogados, promotores, delegados, defensores e juízes) devessem empreender todo esforço necessário a fim de que a racionalidade substituísse o espetáculo. Cada um desses agentes precisa atentar concretamente na orientação das suas atuações para firmar o sentido de re-republicanização de suas atividades, dotando-as de uma vocação substancialmente democrática e pluralista.

A incorporação de um *ethos* de nível mais elevado depende forçosamente da assimilação de tais evidências, na medida em que a permanência no estágio atual somente reproduz e retroalimenta uma estagnação servil a valores corporativos de significado vago e remoto.

Romper com essa lógica permitiria supor uma liberação de nova energia no siste-

ma que a todos convém. Tomemos por exemplo elucidativo deste fenômeno a ausência de controle efetivo de legalidade das prisões em flagrante, que concorrem para a cronicidade do problema carcerário. Existem unidades da federação em que a (des)proporção alcança níveis elevadíssimos (70% de presos provisórios e 30% de presos definitivos). Logo, não é necessário maior esforço de análise para perceber que todos saem perdendo com tamanho absurdo.

O Ministério Público, por sua vez, como fiel garantidor do Estado Republicano e Democrático de Direito, com todos os seus consectários retroaludidos não pode corroborar com tais práticas, antes, pelo contrário, deve denunciá-las com total veemência, e por isso não pode ser calado. A sua liberdade de “fala” deve ser compreendida

no debate público como um reforço a um discurso de interesse coletivo. Todos aqueles que se desviam deste propósito devem ser responsabilizados, mas a instituição cônica do seu papel jamais deve silenciar.

Tais observações são meras notas ou fragmentos que tem por escopo provocar a reflexão acerca de um atuar racional na esfera da justiça criminal. Pondere-se, por acréscimo, que a verdadeira capacitação técnica sem descuido da formação de abrangência humanística, é o que pode reorientar e inibir a tendência para tais equívocos.

Assim, ao invés de pensarmos apenas em punir, deveríamos tentar conciliar e reconciliar, e nas situações de maior gravidade, poderíamos, à luz de uma orientação político-criminal bem dimensionada, reconstruir uma dogmática criminal vigorosa que,

nutrida por paradigmas filosóficos contemporâneos e instigantes, como a filosofia analítica (de tradição anglo-saxã), ao lado de outras sólidas formulações continentais, como a teoria da comunicação habermasiana, inaugurassem um pensamento de reforma e não apenas de revisão, na busca de uma “gramática profunda do injusto”, que aproximasse a dogmática da realidade e promovesse níveis complexos de conectividade entre a “subjetividade observadora” e a objetividade fecunda dos fatos.

Wellington César Lima e Silva

Promotor de Justiça (BA). Professor de Direito Penal da UNIFACS. Mestre em Ciências Penais e Criminologia (UCAM-RJ) e doutorando em Direito Penal (UPO – Sevilha, Espanha). Coordenador regional do IBCCRIM.

INCONSTITUCIONALIDADE DA MANUTENÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ANTE SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA

Cezar Roberto Bitencourt e Daniel Gerber

I. Dos novos efeitos da sentença absolutória – a reforma do art. 386, CPP, e suas consequências sobre as medidas assecuratórias de caráter patrimonial

A prática da Advocacia Criminal oferece ao pesquisador um inesgotável campo de verificação sobre os verdadeiros limites que as leis penal e processual penal impõem ao poder repressivo estatal, quando analisados sob a ótica de um Estado Democrático de Direito.

Inúmeras são as situações onde, por mais diversos motivos, o texto legal verdadeiramente garantidor de direitos fundamentais, e preconizado por professores e doutrinadores como ‘essencial ao Estado Democrático de Direito’, é afastado sob a genérica alegação de incidência, no caso em concreto, do *princípio da proporcionalidade*. Os incríveis excessos de prazo que se refletem em boa parte das prisões cautelares, as renovações indefinidas de prazo para interceptação telefônica (ou, quiçá, a ‘renovação automática’ de tais prazos), as buscas e apreensões em escritórios de advogados colhendo documentos que versam sobre distintos e independentes clientes, sem falar-se na absoluta falência e desumanização do sistema prisional... enfim é inesgotável o extenso rol de ilegalidades que poderíamos citar.

Dentro desse panorama é que surge a motivação destas sucintas reflexões. A dita ‘delinquência econômica’ é perseguida basicamente através de Leis como a 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), 9.034/95 (organizações criminosas), 9.613/96 (lavagem de dinheiro) etc. Um dos mais fortes

instrumentos utilizados pelo Estado para promover a ‘incapacitação civil’ do acusado, impossibilitando-o também de exercer em sua plenitude os seus sagrados direitos constitucionais são as denominadas medidas assecuratórias (arresto, sequestro e hipoteca).

Tais medidas, cautelares por excelência, podem estar ou não relacionadas com a origem dos bens ou valores obstados, independentemente de sua natureza, lícita ou ilícita. Aliás, cada vez mais se bloqueiam valores com base, por exemplo, na mera possibilidade de eventual pena de multa a ser aplicada caso seja proferida sentença condenatória, numa clara demonstração de excessiva força do aparato repressivo estatal que, não podendo comprovar aprioristicamente sequer suspeita de origem ilícita do bem, ainda assim impede sua fruição por parte de seu proprietário, violando escancaradamente o *princípio da presunção de inocência*. Adianta-se juízos de valor (eventual condenação pesando mais, na balança do juiz, do que eventual absolvição); adianta-se cálculo de eventual pena de multa, inverte-se a presunção constitucional (presume-se não apenas a culpa, mas, sim, a própria pena em concreto – e, no entanto, não se admite que se adiante cálculos para prescrição em perspectiva com base nesse mesmo instrumental); paralisa-se o indivíduo e sua família (eis que, incapacitado economicamente, quem irá assisti-lo em todas as áreas de sua vida?), e apregoa-se, ainda, que se respeita a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa dentro do devido processo legal. Falácia maior não há, eis que tais garantias não são meramente formais; ao re-

vés, para que possam materializar-se em acordo com o objetivo que lhes dá sustento, gerando a correta incidência de seus efeitos no caso concreto, o indivíduo deve dispor do Direito, e do poder de exercê-lo, faticamente, em sua defesa.

Ultrapassadas as críticas iniciais, superficiais e genéricas por excelência, temos que a Lei n. 11.690/08, adequando o mandamento federal ordinário aos ditames constitucionais, produziu profunda alteração na sistemática de devolução dos bens e valores retidos durante o processo de conhecimento ao dar nova redação ao inciso II do parágrafo único do art. 386, CPP. Referida alteração nada mais representa que a materialização, em norma infraconstitucional, da presunção de inocência consagrada em nossa Constituição Federal. Não obstante a Constituição consagre esse princípio e o próprio legislador tenha, enfim, adequado o comando normativo ordinário ao texto constitucional, a *praxis forense* demonstra que segmento representativo dos seus operadores resiste em assimilar o novo comando.

Vamos ao tema.

II. Da pretérita dicção do inciso segundo, parágrafo único, do art. 386, e sua relação com as normas relativas à indisponibilidade de valores – os valores tutelados pela ordem processual então vigente

O texto revogado do parágrafo único, inciso II do art. 386, CPP, afirmava que o juiz, ao proferir sentença absolutória, *ordenará a cessação das penas acessórias provi-*

soriamente aplicadas; o inciso primeiro, por sua vez, versava sobre colocação do réu em liberdade, caso estivesse preso cautelarmente, e o inciso terceiro ordenava a aplicação, quando cabível, de medida de segurança (superado pela Reforma Penal de 1984). Enfim, o art. 386, CPP, mesmo versando sobre a sentença absolutória em seus efeitos primários e secundários, nada afirmava sobre qual medida deveria ser adotada em relação aos bens e valores tornados indisponíveis ao acusado durante o processo, em virtude de medida provisória e incidental.

O silêncio do art. 386, CPP, em relação ao destino dos “valores” assegurados durante o processo, no entanto, não era aleatório; pelo contrário, adequava-se ao sistema normativo como um todo, eis que em sintonia com os artigos (por exemplo) 118, 131, III, e 141, todos do CPP, que somente autorizavam o levantamento de apreensão, hipoteca e sequestro mediante sentença absolutória transitada em julgado

E, por óbvio, tais artigos também se encontravam em sintonia com o panorama cultural do qual emergiu nosso CPP, notadamente de reforço do poder do então Estado ditatorial (Estado Novo) em detrimento de garantias individuais, consoante o projeto de Rocco na elaboração do código fascista italiano e citado expressamente na exposição de motivos de nosso CPP.

Em síntese: o cidadão, mesmo absolvido, deveria ainda suportar contra si medidas coativas por parte do Estado. Essas medidas, por sua vez, somente poderiam cessar quando absolvição não pudesse mais ser contestada pelo órgão acusador. Tal panorama, como logicamente se depreende de sua simples visualização, ignorava veementemente o conceito de presunção de inocência; pelo contrário, invertia-o, afirmando, por essa razão, que a *presunção de culpa* se sobrepunha até mesmo a uma sentença absolutória, e mantinha, absurdamente, medidas cautelares absolutamente desnecessárias e infundadas.

III. A atual dicção do inciso segundo, parágrafo único, do art. 386,

A Lei n. 11.690/08, alterando o conteúdo do dispositivo *sub examen*, passa a afirmar que o juiz, ao proferir sentença absolutória, *ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas*. Trata-se, na verdade, de radical modificação político-criminal, adequando-se aos postulados de um Estado Democrático de Direito.

Medidas cautelares, como se sabe, representam um gênero do qual tanto a prisão provisória quanto o bloqueio de bens são suas espécies. Percebe-se que largo espectro detém tal locução, e, em acordo com as regras de interpretação de lei penal, deve ser analisada sob todos os vieses que, porven-

tura, beneficiem o indivíduo, pois a interpretação *restritiva* cinge-se às normas de caráter proibitivo.

E nessa linha de raciocínio torna-se fácil perceber que as *cautelares* referidas no inciso II do aludido parágrafo único não se referem à *prisão cautelar*, eis que essa continua sendo objeto do seu inciso primeiro. Depreende-se então que o legislador, ao utilizar o vocabulário supra, estava se referindo a toda e qualquer medida cautelar/provisória que tenha surgido no curso do processo principal, englobando em tal conceito, inequivocamente, as medidas assecuratórias de caráter patrimonial. Para a prisão, preferiu não mexer no inciso I, assegurando maior garantia contra eventual interpretação disforme do texto.

Sob nosso ponto de vista, a cessação de toda e qualquer medida cautelar/provisória porventura existente contra o indivíduo, por ocasião de sentença absolutória, é o mínimo que se poderia esperar em um Estado Democrático de Direito. Se durante o curso de uma instrução processual torna-se possível a relativização dos efeitos da presunção de inocência face cotejo da proporcionalidade dos bens jurídicos em jogo, tem-se que, após uma sentença absolutória, nada mais justifica a existência de coação cautelar contra o indivíduo (pelo contrário:

que, em princípio, já foi declarado sucumbente). Afirma-se aqui que a *presunção de ofensa* – que legitima a adoção de uma medida cautelar, em sede de instrução processual, através da verificação de *proporcionalidade* entre os bens jurídicos envolvidos – não mais pode prosperar após sentença absolutória, sob pena de transformar-se em uma *presunção de culpa* (presume-se que um eventual recurso do MP possa ser provido, e, assim sendo, presume-se que iria ocorrer dano com a ausência de medida restritiva) totalmente inapta a gerar qualquer espécie de consequência junto aos direitos e garantias individuais que assistem ao processado.

Vamos além: há algumas decisões que contrariam a tese aqui ventilada, sob argumento de que a novel disposição do art. 386, CPP, não trouxe consigo a revogação expressa das normas assecuratórias, assim como se refere a ‘medidas cautelares’ sem que haja, no CPP, terminologia semelhante como se essas alterações fossem um corpo estranho dentro do Código de Processo Penal. Por fim, justificam tal menção – a medidas cautelares – por acreditarem que a vontade do legislador era a de que o citado art. 386, em seu parágrafo único, inciso II, se dirigisse às medidas cautelares previstas em um Projeto de Lei (4208/01), que altera o nome do Título IX para “*Da prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória*” e estabelece que o juiz pode, ao invés de determinar a

prisão durante o processo, estabelecer uma série de medidas cautelares as quais o acusado fica sujeito (art. 283, §3º e art. 319)⁽¹⁾.

Sem dúvida, respeitando o embasamento acima utilizado na manutenção da *medida assecuratória* mesmo diante de uma *sentença absolutória*, temos que equivocou o entendimento. Ocorre que qualquer diploma legal ao entrar em vigor adquire autonomia, desvinculando-se da eventual denominada *mens legislatori*, devendo ser interpretado no seu contexto, afora o fato de que o atual diploma processual penal disciplina expressamente as *medidas assecuratórias*, que outra coisa não são que medidas cautelares (arts. 125 a 144), constantes do capítulo VI, do Título VI do CPP em vigor.

Quanto à ausência de *revogação expressa* das normas assecuratórias, havendo *sentença penal absolutória*, sustentamos que, desde a Constituição Federal de 1988, nenhuma medida cautelar ou qualquer decisão restritiva de direitos pode manter-se vigente, independentemente de trânsito em julgado, por afrontar duplamente a presunção de inocência. A cautela agora, se houver, será contra o Estado, eis que não conseguiu provar aquilo que imputou em juízo. Evoca-se, aqui, a interpretação *conforme a Constituição*, onde sequer a alteração do artigo 386, CPP, seria necessária.

IV. Conclusões finais

Em síntese, um Estado Democrático de Direito, que navega sob a regência da presunção de inocência, não pode aceitar que um cidadão com sentença absolutória a seu favor, permaneça, ainda, sob qualquer espécie de medida cautelar de caráter restritivo-penal, malferindo as garantias consagradas em nossa Carta Maior.

NOTAS

- (1) Decisão da 1.ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre/RS, onde o Juiz, em exemplo de humildade que norteia qualquer pesquisador jurídico, ainda afirmou antes de decidir de maneira contrária ao aqui defendido: “*Entretanto, para evitar qualquer alegação de cerceamento de defesa, analiso a tese, ainda que brevemente e sem me comprometer com minhas próprias ponderações de forma permanente*”. (g.n.) Parabéns ao Sr. Juiz que percebe aquilo que há de mais fundamental no Direito: sua natureza é fluida, não admitindo a permanência sob pena de tratar-se igualmente o desigual.

Cezar Roberto Bitencourt

Doutor em Direito Penal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais e da Graduação da PUCRS. Advogado criminalista.

Daniel Gerber

Advogado criminalista. Mestre em Ciências Criminais. Professor convidado da especialização em Direito Penal Empresarial da PUCRS, e especialização em Direito Penal na UNIRITTER e IDC. Membro do Conselho Permanente do ITEC.

METTERE IL PUBBLICO MINISTERO AL SUO POSTO – ED ANCHE IL GIUDICE*

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Quando Carnelutti escreveu, em 1953, um *saggio* que acabou se tornando muito conhecido – *Mettere il pubblico ministero al suo posto*⁽¹⁾, tinha presente⁽²⁾ estar colocando sob as luzes uma das mais problemáticas chagas do direito processual penal italiano; e nem poderia supor que nem seu texto e nem ninguém conseguiria – até hoje – um antibiótico eficaz para a cura⁽³⁾.

Em 1947 Carnelutti publicou seu *Dialoghi con Francesco*⁽⁴⁾ – um marco na sua vida, por vários motivos e dentre eles a importância da relação Direito-Filosofia –, mas não era, ainda, aquele autor dos meados dos anos 60 (quando descobriu Heidegger e abriu espaço para a correta solução de muitos problemas antes insolúveis), então mais preparado para ter respostas e não simplesmente as intuir, como sempre o fizera. De qualquer forma, esses meandros de seu pensamento podem ser percebidos nas conclusões do texto de 1953 (*Mettere...*): “*Da ciò, naturalmente, sorge l’esigenza dell’uguaglianza tra pubblico ministero e difensore, sulla quale è fondato l’equilibrio del processo penale. (...) Le forze della logica operano bensì sulla storia; ma incontrano, per via della miseria umana, resistenze, che ne rallentano l’azione. (...) Se, nella riforma del processo penale, la cui urgenza è ormai profondamente e diffusamente sentita, no ci si renderà conto di ciò, mancherà uno degli orientamenti più sicuri. Fino a che lo spettatore di un processo penale non si scandalizza perché il pubblico ministero sta in alto, a fianco del giudice, e il difensore in basso, accanto all’imputato, non si sarà creato l’ambiente propizio a una vera civiltà penale*”⁽⁶⁾.

A par da questão arquitetônica das salas de audiências – ainda não resolvida no Brasil, o que beira o absurdo, em face da incompatibilidade com a CR – é salutar identificar o problema italiano e ver que se tem, por aqui, uma posição muito mais adequada (do MP) como, também, é necessário tomar muita cautela na importação de “institutos” aparentemente iguais, quando, em verdade, são diferentes em pontos substanciais. Em relação ao MP tem-se um dos exemplos mais claros. Basta ver as enormes bobagens que fizeram nas chamadas “operazioni mani pulite” na Itália, até hoje não muito bem entendidas por aqui em razão, dentre outras, de ora se falar em órgãos do MP, ora em órgãos da magistratura, algo pior quando se refere aos “*giudici del pubblico ministero*”.

O MP do Brasil, como se sabe, não só é separado completamente da magistratura como, na CR/88, assumiu um *status* de qua-

se completa desvinculação do Poder Executivo. A par dos exageros de quem fala em um *quarto poder*, a “instituição” ganhou um lugar privilegiado de defesa da Constituição e da cidadania, mormente enquanto a *sociedade civil* não se organiza por si só.

Afora gente complicada (por sorte, poucos), na qual os sintomas (como exibicionismo e outros problemas psíquicos) afloram, com rapidez, pela linguagem (e que se saberá tratar, mormente se funcionar como deve o CNMP), a “instituição” alcançou um patamar tal a recomendar uma atuação, no processo penal, conforme determina a CR.

Vigente o *devido processo legal* (art. 5º, LIV, CR), não há espaço senão para um *processo de partes*, dentro de um *sistema acusatório*. Aqui, os dois principais caminhos impostos pela CR/88 e que qualquer reforma processual penal, para ter dignidade e legitimidade constitucional, deverá levar em consideração. Foi o que se tentou fazer no Anteprojeto de reforma global de CPP realizado por Comissão Externa de Juristas criada no âmbito do Senado Federal e ora em curso no Projeto nº 156/2009-PLS.

No segundo caso (mudança para o *sistema acusatório*), como o mais importante dos precitados caminhos – e de todos os demais –, a questão diz com o *princípio ontológico (fundante) do processo penal, ou seja, o princípio dispositivo*. Centrado na *gestão da prova*, o processo penal será acusatório se ela não couber (sua busca), nunca, ao juiz. Neste aspecto, *decidiu a referida Comissão, por maioria, por uma fórmula tanto mitigada quanto perigosa*, certamente apostando na democracia processual: “*O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.*” (art. 4º).

Pelo oposto, diante do texto do Projeto, pode-se ver bem – e tentar entender – o que queria dizer Carnelutti com o MP estar acima da defesa e ao lado do juiz; e não só por estar metido indevidamente (per-tencer), na Itália, à magistratura, mas porque, em um *sistema inquisitório, as funções se confundem* ou, de forma mais precisa, na estrutura sistêmica pura, pode-se sequer comportar o MP⁽⁸⁾ e, enfim, *partes*, embora

isso até seja importante na diferenciação dos sistemas. Só um muito insipiente para não entender isso: “*o estilo inquisitório vira do avesso as perspectivas; o processo se torna uma atividade terapêutica; a pena é um remédio; queira ou não, é necessário que o imputado coopere; sendo ofendido os*

supremos interesses pelo pecado-delito, esvai-se todo limite de garantia porque os indivíduos desaparecem diante de nomes como Igreja, Estado, Partido e similares. Este axioma explica a máquina inteira. O aspecto mais visível

A par dos exageros de quem fala em um *quarto poder*, a “instituição” ganhou um lugar privilegiado de defesa da Constituição e da cidadania, mormente enquanto a *sociedade civil* não se organiza por si só.

está no fato de que trabalhe sem uma demanda, mas, no fundo, é dado secundário: à lógica inquisitória não repugnam as ações obrigatoriamente exercidas por órgãos destinados à repressão; antes, o trabalho dividido ajuda no automatismo persecutório e quanto rende vemos em França onde o ministère public aparece desde o fim do XIII século. É falso que método inquisitório equivale a processo sem ator: nas ordonnance criminelle, de 1670, monumento do engenho inquisitorial, o monopólio da ação cabia aos hommes du roi (‘les procès seront poursuivis à la diligence et sous le nom du roi.’)”⁽⁹⁾.

No primeiro caso (ter-se verdadeiramente um *processo de partes*), agiganta-se a função do MP. Afinal, não faz sentido ser ele uma *parte* (ainda que *formal*, como queria Chiovenda), e viver dentro de uma camisa-de-força criada pela desconfiança. Dela não se vai livrar, porém, se se tiver medo. Medo de todos pelo que podem fazer com uma maior mobilidade nas atividades hoje engessadas por princípios obtusos e ingênuos porque manipuláveis, basta que se queira; mas, principalmente, medo dos próprios órgãos do MP de enfrentar, de fato, os desafios que lhe aquinhoaram a CR. Para tanto, é preciso ter presente, por todos, o *princípio da obrigatoriedade* (e que aponta direto para a *ação penal*, como se sabe da melhor doutrina), assim como o *princípio da disponibilidade*, dirigido para o *conteúdo do processo*. Que ação e processo são elementos distintos é despiendo dizer.

O Projeto nº 156/2009, no caso, veio com disposições que, no caso, fizeram aflorar a posição da maioria (ligada ao MP, por incrível que pareça), um tanto quanto com o freio de mão puxado: mitigou-se um pou-

co a *obrigatoriedade* e a *disponibilidade*, para ainda pairar sobre todos a desconfiança. Enfim, deu-se um passo à frente, mas o MP – e todos os cidadãos – mereciam mais.

Afinal, quando o juiz não sai à busca da prova – e nem deve sair! –, ao MP caberá a prova da acusação, o que é o óbvio diante da CR. Só não há de esquecer que o *princípio da presunção de inocência*, como hoje já se tem pela posição do e. STF, em tendo uma previsão iluminada pela CR, não só vai exigir maior atenção como, por outro lado, deverá encontrar um juiz que não está ao lado do MP: mais uma vez **Carnelutti** poderia ser lembrado.

No fundo, para se colocar o juiz no seu devido – e constitucional – lugar foi necessário *mettere il pubblico ministero al suo posto*; ou quase.

NOTAS

- * O presente ensaio foi preparado especialmente para o *Boletim do IBCCrim*.
- (1) **CARNELUTTI, Francesco**. *Mettere il pubblico ministero al suo posto*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1953, Volume VIII, Parte I, 257-264.
- (2) **CARNELUTTI, F.** *Mettere... cit.*, p. 257. “Se c'è una figura ambigua nel processo, civile e penale, è il pubblico ministero. Quando cominciasti a occuparmene, nei primi tentativi di sistemazione del diritto processuale, la sua ambiguità mi ha colpito a tal segno da farmi venire in mente la quadratura del circolo: non è come quadrare un circolo costruire una parte imparziale?” (“Se existe uma figura ambígua no processo, civil e penal, é o ministério público. Quando comecei dele me acupar, nas primeiras tentativas de sistematização do direito processual, a sua ambiguidade me tocou

- a tal ponto de me fazer vir à cabeça a quadratura do círculo: não é quadrar um círculo construir uma parte imparcial?” – tradução livre –).
- (3) **CARNELUTTI, F.** *Mettere... cit.*, p. 261. O autor, aqui, reclama existir muita confusão na “ciência do processo penal” para que o MP encontre o seu lugar. E isso porque alguns o colocam entre as *partes*, dando-lhe poderes que são próprios das *partes naturali*; e outros o colocam entre os magistrados, dando-lhe deveres que não convêm à sua função, tudo sem levar em consideração a *ratio distinguendi*, para daí concluir: “*Perciò, mettere il pubblico ministero al suo posto, è veramente una tra le necessità urgenti della riforma processuale.*” (“Por isto, colocar o ministério público no seu lugar é verdadeiramente uma das necessidades urgentes da reforma processual.” – tradução livre –).
- (4) **CARNELUTTI, F.** *Dialoghi con Francesco*. Roma: Tumminelli, 1947, 448p.
- (5) **CARNELUTTI, F.** *Verità, dubbio e certezza*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1965, vol. XX (II Série), pp. 4-9.
- (6) **CARNELUTTI, F.** *Mettere... cit.*, p. 264: “Disso, naturalmente, surge a exigência de igualdade entre ministério público e defensor, sobre a qual se funda o equilíbrio do processo penal. (...) As forças da lógica operam, certamente, sobre a história; mas encontram, em razão da miséria humana, resistências, que lhe diminuem a ação. (...) Se, na reforma do processo penal, cuja urgência é, enfim, profunda e difusamente sentida, não nos dermos conta disso, faltará uma das direções mais seguras. Até que o espectador de um processo penal não se escandalize porque o ministério público está no alto, ao lado do juiz, e o defensor embaixo, ao lado do imputado, não se criará o ambiente propício a uma verdadeira civilidade penal.” – tradução livre –.
- (7) **COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda**. *Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade*. Consultor Jurídico. 6 abr.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio> Acesso em: 14 jun.2009.

- (8) **CORDERO, Franco**. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 46-47: “Quando Alberto Gandino lavora al ‘Tractatus de maleficiis’ (‘cum assiderem Perusii’, nel cui archivio figura dagli ultimi mesi del 1286 al 27 marzo 1287), l’actus trium personarum appartiene al passato.”
- (9) **CORDERO, F.** *Guida... cit.*, p. 47: “Lo stile inquisitorio rovescia le prospettive: il processo diventa affare terapeutico; la pena è una medicina; voglia o no, bisogna che l’imputato cooperi; essendo offesi dei supremi interessi dal peccato-delitto, salta ogni limite garantistico, perché gli individui spariscono davanti a numina quali Chiesa, Stato, Partito e simili. Quest’assioma spiega l’intera macchina. L’aspetto più visibile sta nel fatto che lavori senza una domanda, ma, in fondo, è dato secondario: alla logica inquisitoria non ripugnano le azioni obbligatoriamente esercitate da organi intesi alla repressione; anzi, il lavoro diviso giova all’automatismo persecutorio e quanto renda, lo vediamo in Francia, dove le ministère public appare fin dal tardo XIII secolo. È falso che metodo inquisitorio equivalga a processo senza attore: nell’ordonnance criminelle 1670, monumento dell’ingegno inquisitoriale, il monopolio dell’azione spetta agli hommes du roi (‘le procès seront poursuivis à la diligence et sous nom de nos procureurs’).” – tradução livre –.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR); Mestre (UFPR); Doutor (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Coordenador do Núcleo de Direito e Psicanálise do PPGD-UFPR. Advogado. Procurador do Estado do Paraná. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pelo Paraná. Membro da Comissão Externa de Juristas do Senado Federal que elaborou o anteprojeto de CPP, hoje Projeto nº 156/2009-PLS.

ANENCEFALIA: UMA REVISÃO DOGMÁTICA À LUZ DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO⁽¹⁾

Fernando Andrade Fernandes

Antes de proteger a vida humana, cuja previsão encontra-se no art. 5º., *caput*, a Constituição da República Federativa do Brasil enuncia, expressa e explicitamente, no art. 1º, inciso III, que a Ordem Jurídica brasileira tem como fundamento a *dignidade da pessoa humana*, sendo, pois, antes que um mero princípio, um valor base do Ordenamento (Fernandes, 2003, p. 63 s.).

Assim, em uma análise assumidamente sistemática, a Constituição reconheceu que a dignidade da pessoa humana é algo muito mais abrangente que o simples reconhecimento do *status* de pessoa àquele que tem vida.

Por encerrar um valor, a dignidade humana tem que ser concebida em um sentido muito menos técnico e mais normativo, pressupondo o juízo a seu respeito uma constelação de dados, inclusive éticos.

Considerada como um valor autônomo

e específico, inerente a todos os homens em virtude da sua simples condição de *ser humano*, a dignidade da pessoa humana figura como uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (Canotinho, Vital Moreira, 1993, p. 58-59), incluído o direito à vida.

Esta conclusão remete, então, para a questão, a respeito da qual não se espera ter para ela uma resposta no plano puramente técnico, acerca do que se poder considerar como sendo uma pessoa humana viva.

Considerando-se a insolúvel questão acerca da existência da vida e da fixação do seu momento inicial, muitos ordenamentos jurídicos optaram por abstrair-se da discussão a esse respeito e, atribuindo valor ao ente “feto”, reconheceram a ele proteção.

Esclareça-se que, mesmo de forma quiçá não intencional, a mencionada proteção se dá em virtude da vinculação do feto ao valor

da dignidade humana, antes mesmo de ser feita a referência à sua vitalidade ou viabilidade. Tanto é assim que, em termos conceituais, se fala em feto humano, sugerindo que o uso do termo “humano” na expressão não se limita apenas a distinguir esse feto do produto da concepção de outros seres, mas sim enaltecer que estamos diante de um ente que foi objeto de valoração em razão de vincular-se à eminente dignidade humana.

Portanto, em se tratando do plano constitucional, forçoso é reconhecer que a Constituição considera o feto como um ente dotado de valor, estando implicitamente reconhecido como uma das projeções da dignidade da pessoa humana, independentemente da sua referência à vida.

Todavia, tendo assento constitucional, ainda que de forma implícita, o valor atribuído pela Constituição a um determinado

ente, em regra, se concretiza na medida em que a Ordem Jurídica que nela se estrutura passa a ele oferecer uma proteção.

Tratando-se de ente valorado constitucionalmente, no que se refere ao feto há previsões da tutela dos seus interesses seja no âmbito jurídico civil, seja no âmbito jurídico administrativo.

O problema começa a ganhar contornos mais apertados quando projetamos a análise para o âmbito da proteção jurídico penal deste ente.

Regra geral, e nisto reside o centro nervoso do problema, essa proteção ao feto, ao contrário do que parece ser o norte constitucional, vem associada à vida humana, sendo vulgar nos diversos

ordenamentos jurídicos a previsão, como crimes, das condutas atentatórias contra o feto no Capítulo concernente aos crimes contra a vida (Busato, 2005, p. 595 e 597).

Isso nos remete, inapelavelmente, à conclusão de que o bem jurídico tutelado nos crimes que possuem o feto como objeto da lesão (objeto material) é a vida humana. Aliás, a previsão do crime de aborto, nas suas várias modalidades, no Capítulo I, do Título I, da Parte Especial do Código Penal não deixa dúvidas a esse respeito.

Um juízo, pois, já deve ser feito, no sentido de não ter o legislador trilhado o melhor caminho quando fez a opção por vincular a proteção ao feto à tutela da vida humana. Se isso se revela compreensível em função das limitações existentes à época em que se deu a redação do Código Penal, agora, com os incontáveis avanços científicos, a questão deve ser revista e focada por outro ângulo.

No próprio plano do Código Penal, despreza-se, de forma lastimável, que o Título I da sua Parte Especial se intitula “dos crimes contra a pessoa”, para no seu interior contemplar no Capítulo I os crimes contra a vida. Disso resulta que no próprio Código a pessoa humana é um conceito mais abrangente do que a vida em que se manifesta a sua existência.

Recuperando, pois, a análise feita acima no plano constitucional, há que se cogitar a consideração do feto como um valor inerente diretamente à dignidade da pessoa humana. Esta idéia reveste-se de uma importância essencial não somente para a questão da interrupção da gravidez, mas também para toda a polêmica envolvendo a questão da genética humana e os avanços tecnológicos experimentados recentemente nesta matéria.

Portanto, a ideia central para uma melhor elucidação do problema das condutas relacionadas à interrupção da gravidez, viável ou inviável, desde que se queira manter a sua relevância penal, consiste no reconhecimento do feto como um ente dotado de valor autônomo, por referência à dignidade da pessoa humana, independentemente da sua vinculação à vida.

Todavia, *legge habemos*, e nela a proteção penal do feto vem associada ao bem jurídico vida humana, uma vez que as modalidades do crime de aborto estão tipificadas no Capítulo I, Título I, da Parte Especial do C. P., que trata *dos crimes contra a vida*. Esta cons-

tatação e a análise que ela suscita não significa uma adesão a qualquer tendência relacionada ao movimento do *Positivismo*, mas, ao revés, resulta da preocupação de se buscar a abertura do sistema normativo positivo por referência aos valores da Constituição.

Ora bem, justamente em decorrência deste enquadramento se instalou a grande controvérsia a respeito da tipificação das condutas que atentam contra este ente, fundamentalmente centrada no problema a respeito da questão de o feto ter ou não vida e do momento a partir do qual se pode reconhecer que se tem início essa vida, caso respondida em termos afirmativos a primeira indagação.

Registre-se, em um inventário totalmente descomprometido, alguns dos entendimentos a respeito do problema.

Há os que entendem que a partir do momento da fecundação já se pode falar na existência de vida humana; há os que postergam esse reconhecimento para um determinado momento da evolução da gestação (critério muito utilizado em diversos ordenamentos jurídicos para fixar o momento a partir do qual a afetação do feto pode ser considerada como aborto); há os que, valendo-se de fundamentos mais de ordem técnica, vinculam o reconhecimento da vida à existência de sua viabilidade extra-uterina; há por fim os que entendem que o feto não possui vida, somente adquirindo este estado após o nascimento.

Existe, portanto, uma acentuada discussão a respeito do assunto mesmo em relação aos fetos que, a partir das avançadas técnicas de diagnóstico, podem ser considerados como saudáveis e viáveis. Porém, mesmo considerando-se esses incontáveis avanços técnicos, não se conseguiu chegar a um

consenso sobre se o feto tem ou não vida. Desde logo, esse dissenso resulta de uma questão de ordem, menos relevante no contexto desta reflexão, relacionada à diversidade de concepções que se pode ter a respeito da vida: religiosas, filosóficas, morais, biológicas, dentre outras. Mesmo em relação àquelas posições que reconhecem a existência de vida no feto, o consenso se esfumaça, em virtude de divergências acerca do momento em que se pode reconhecer o seu começo.

Ora bem, no contexto de toda esta discussão existente a respeito dos fetos tidos por viáveis, se coloca a questão dos fetos anencefálicos.

O primeiro problema a ser enaltecido, e que deveria nortear o questionamento de toda a discussão, refere-se ao fato de que também em relação aos anencefálicos se estabelece um nexo com o problema da existência de vida e da sua viabilidade (Gomes, 2005, p. 6).

Desse modo, em um percentual considerável de entendimentos o argumento utilizado para se analisar o problema da interrupção da gravidez em casos de anencefalia parte da constatação de que o feto anencefálico *não possui* vida ou que *não revela viabilidade* de vida extrauterina (Busato, 2005, p. 596; Prado e Carvalho, 2005).

De fato, destaca-se a “constatação científica da *inexistência de vida em feto anencefálico*” (Bitencourt p. 11), afirmando-se, por vezes em tom categórico, “*que a ciência médica assegura, com cem por cento de certeza, a absoluta impossibilidade de vida extra-uterina*” (Bitencourt, p. 15).

Por esta ótica a discussão encontra uma saída fácil, mais técnica do que normativa, na medida em que estamos diante de um ente cujo cérebro não se constituiu ou apresenta incontornáveis problemas de constituição.

Assim, tendo em vista que o art. 3º da Lei 9.434/97 autoriza a realização de transplantes a partir da constatação da “morte cerebral”, adota-se esse critério como um indicativo para o esclarecimento acerca da questão da existência de vida, de modo que, não tendo sido formado o cérebro no feto anencefálico, não poderíamos falar em vida, sendo atípica a conduta de interrupção da gravidez nesta hipótese (Bitencourt, p. 10-11; Busato, 2005, p. 592)⁽²⁾.

Portanto, o que deve ser avaliado é se a atipicidade da conduta se revela adequada em termos dogmáticos, à luz do questionamento no sentido de ser o bem jurídico protegido no caso a vida humana.

A afirmação taxativa a respeito da atipicidade da interrupção da gravidez em se tratando de feto anencefálico por referência à questão da inexistência ou inviabilidade da

Considerando-se a insolúvel questão acerca da existência da vida e da fixação do seu momento inicial, muitos ordenamentos jurídicos optaram por abstrair-se da discussão a esse respeito e, atribuindo valor ao ente “feto”, reconheceram a ele proteção.

viva esbarra, inapelavelmente, em toda a discussão já existente em relação à interrupção sendo o feto viável, significando, aí sim, uma qualquer supervalorização do *Direito como posto* no Código Penal.

Ou seja, se há forte discussão acerca da questão de o feto possuir ou não vida, sendo que em relação ao anencefálico a divergência é ainda maior, problemática se revela a declaração de atipicidade (material) por referência à vida.

Desde logo devem ser enfrentados aqueles argumentos, vindos da comunidade médico-científica, no sentido de que quando a mãe pede para retirar esse feto e o médico pratica o ato, isto não configura propriamente aborto, com base no art. 126 do Código Penal, pois o feto, conceitualmente, não tem vida. Ora bem, se se trata de questão conceitual, os critérios de análise não podem ser fechados. Ou seja, o mencionado entendimento lança uma sombra em todos os demais argumentos, inclusive os de natureza técnica, sobre o problema da existência de vida no feto anencefálico, sepultando através do legislador e com uma pá meramente formal, uma discussão que, como visto, é muito mais abrangente, e que no mínimo deve ser analisada também sob outros critérios.

De fato, desde logo deve ser destacado que a própria comunidade científica reconhece que mesmo a gravidez em se tratando de feto anencefálico pode chegar a termo, ainda que o produto (e, lastimavelmente, temos que usar este termo, em razão da própria polêmica existente acerca da sua natureza) se revele inviável e tenha pouco tempo de existência (felizmente aqui ninguém ousou usar o termo “duração”).

Aliás, ao tratar do tema, mesmo os especialistas no assunto costumam dizer que “os bebês anencefálicos costumam morrer logo”. Ora, se são bebês e se morrem é porque havia vida e o atentado a ela não pode deixar de ser típico. Fala-se também no caráter “letal” da anencefalia (, a. 16, n. 192, nov. 2008, p. 19), indiciando tratar-se de anomalia que provoca a morte em um “ser” vivo.

Em termos conclusivos, enquanto a proteção penal do feto estiver ligada ao bem jurídico vida humana, diversamente de ser uma expressão autônoma da dignidade humana, e pendente a insolúvel discussão acerca da existência e do começo da vida, mesmo em se tratando de um ente que não teve o cérebro constituído ou o teve mal constituído, não se poderá falar de atipicidade, formal ou material, da conduta de interrupção da gravidez sendo o feto anencefálico.

Tampouco satisfaz o reconhecimento de que na hipótese “o risco criado (para o bem jurídico *vida do feto*) não é desaprovado ju-

ridicamente” (Gomes, 2005, p. 6)⁽³⁾, muito menos de que se trata na hipótese de “risco permitido” por falta de dolo ou culpa, mais uma vez por referência à inexistência de vida (Prado e Carvalho, 2005), neste último caso até pelo limite posto por uma compreensão menos *Finalista* e mais *Funcionalista* da *imputação objetiva*.

Esclareça-se que esta conclusão não conduz, por si, para o reconhecimento da relevância penal das condutas praticadas em relação ao feto anencefálico. Do que se trata é da necessidade de se refletir melhor a afirmação de que o assunto se resolve, de forma rasa, no plano da tipicidade penal, sendo atípicas as mencionadas condutas.

Esta declaração peremptória da atipicidade da interrupção da gravidez em se tratando de fetos anencefálicos não se revela adequada à concepção muito difundida, ainda que não pacífica, a respeito do bem jurídico-penal, no sentido de que a sua relevância e, pois, dignidade, decorre da imanência às linhas axiológicas adotadas na Constituição. De fato, reconhecido que a dignidade humana é o valor base da Ordem Jurídica e ligando-se, de forma assumidamente antecipada, a ela a proteção do feto “humano” e não à vida em si, chega-se à possibilidade da tutela autônoma deste ente.

Confrontada a possibilidade com a previsão no Código Penal das condutas de interrupção voluntária da gravidez no Capítulo dos crimes contra a vida, não há que se afirmar que esse entendimento é contrário à lei, ferindo o princípio da legalidade, tendo validade especulativa apenas de *legge ferenda*, tendo em vista que a própria dúvida sobre se o feto possui ou não vida e sobre o momento em que se pode reconhecer a sua existência já permite a busca de uma interpretação mais conforme à Constituição.

Em assim sendo, a questão do reconhecimento ou não da relevância penal das condutas de interrupção da gravidez em se tratando de feto anencefálico deve ser remetida para estágios da Teoria do Delito posteriores ao da tipicidade.

Uma das alternativas é tratar o assunto no plano das causas de justificação, como causa supralegal, mas em paralelo à excluyente de ilicitude no caso de interrupção da gravidez decorrente de estupro, com fundamento na aflição gerada na gestante nas duas hipóteses (Busato, p. 586-587).

Ante a racionalidade também, mas não só, sistemática do Direito Penal e considerando-se as implicações decorrentes no caso de concurso de pessoas, não se pode acompanhar o entendimento de que “a *inexigibilidade de conduta diversa*, nessa hipótese, deve ser aceita como *causa excluyente da culpabilidade*”, conforme propõe, dentre outros, Bitencourt (p. 14).

Uma alternativa tentadora e com gran-

de viabilidade de legitimação é aquela de se enquadrar o caso no rol daqueles em que, segundo Wolter , ocorre uma “causa de exclusão do injusto de caráter jurídico-constitucional”, processual (“uma legitimação mediante um processo de consultas”), que, em razão da afetação dos direitos fundamentais intangíveis ligados à dignidade da pessoa humana, certamente pode fazer decair o injusto, porém, diversamente das causas de justificação (nas quais ocorre uma decisão substancial do Estado a partir de uma ponderação dos interesses em jogo), não põem de manifesto uma aprovação ético-jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Atipicidade do aborto anencefálico: respeito à dignidade humana da gestante*. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/ABORTO/ANENCEFÁLICO/Cezar/Bitencourt.pdf> F137, 17 f, consultado em 09/06/09.

BUSATO, Paulo César. *Tipicidade material, aborto e anencefalia*. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 10, fasc. 2, p. 577-606, jul./dez 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

FERNANDES, Fernando Andrade. *Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais*. Em: **COSTA ANDRADE, Manuel da et al.** (Org.). *Liber discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. p. 53-83, Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Aborto anencefálico e imputação objetiva: exclusão da tipicidade (II)*. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, a. VI, n. 33, p. 5-6, ago./set. 2005.

PRADO, Luiz Regis, CARVALHO, Érika Mendes de. *Aborto anencefálico e sua natureza jurídico-penal: breves reflexões*. Paraná-Online. 09/10/2005 às 00:00:00 - Atualizado em 19/07/2008 às 16:02:56. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-justica/news/143316>, Acesso em 15/06/2009

NOTAS

- (1) Como o próprio título expressa, trata-se não de um posicionamento pró ou contra a relevância penal da interrupção da gravidez em se tratando de feto anencefálico, mas sim de uma reflexão sobre o seu enquadramento dogmático.
- (2) Divergindo: **PRADO e CARVALHO**, 2005.
- (3) Sem grifo no original.
- (4) **WOLTER, Jürgen.** *Estúdio sobre la dogmática y la ordenación de cãs causas materiales de exclusión, Del sobreseimiento Del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de um sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena*. In: **OLTER, Jürgen, FREUND, Georg.** *El sistema integral del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, p. 34, nota 4 e 35 e ss.

Fernando Andrade Fernandes

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra-Portugal.
Mestre em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais-Brasil.
Professor-Doutor na Faculdade de História, Direito e Serviço Social da UNESP-Brasil.

PARTICIPE POR ACREDITAR

VOÇÊ NÃO PODE PERDER O MAIOR ENCONTRO ANUAL DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS NA AMÉRICA LATINA!

Entre os dias 25 e 28 de agosto de 2009, o **IBCCRIM** realizará, no Hotel Tivoli Mofarrej, em São Paulo, o seu 15º Seminário Internacional, reunindo, mais uma vez, os mais renomados professores, nacionais e internacionais, especialistas nas Ciências Criminais.

Serão quatro dias de palestras e painéis, em um espaço de convivência aconchegante, com café, livreria e outros ambientes, onde os participantes terão a oportunidade de aprender e relacionar-se. A programação do evento encontra-se encartada neste **Boletim**. As vagas são limitadas a 600 (seiscentos) lugares presenciais e 400 (quatrocentos) lugares na área de telão. As inscrições devem ser feitas por meio do Portal do **IBCCRIM** (www.ibccrim.org.br) ou pessoalmente, na sede do **IBCCRIM**.

Durante o mês de julho, os pagamentos poderão ser parcelados em até **cinco vezes iguais e sem juros**, por meio de cartões de crédito. Após 01 de agosto, valores e formas de pagamento sofrerão alterações. Consulte o Departamento de Cursos e Eventos do **IBCCRIM** para saber também sobre condições especiais para participação de estudantes e inscrições de grupos acadêmicos e grupos de entidades.

15º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBCCRIM

De 25 a 28 de agosto de 2009 - Hotel Tivoli Mofarrej – São Paulo – SP

Informações: (11) 3105-4607 ou ibccrim@ibccrim.org.br - inscrições: www.ibccrim.org.br

ESCRITÓRIOS COLABORADORES DO 15º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

- Advocacia Mariz de Oliveira S/C (SP)
- Alexandre Wunderlich & Salo de Carvalho - Advocacia Criminal (RS – SC)
- Almeida Castro Advogados Associados S/S (DF)
- Ariosvaldo Campos Pires Advogados (MG)
- Azevedo e Azevedo Advogados Associados (SP)
- Barandier Advogados Associados (RJ)
- Caon & Advogados Associados (SC)
- Cavalcanti & Arruda Botelho Advogados (SP)
- Cezar Roberto Bitencourt Advogados Associados (RS)
- Daniel Gerber & José Henrique Salim Schmidt Advogados (RS)
- Décio Freire e Advogados Associados (SP – RJ – BH – DF – ES – PE – BA – MG – EUA)
- Delmanto Advocacia Criminal (SP)
- Dias e Carvalho Filho Advogados (SP)
- Escritório Professor René Dotti (PR)
- Fernando Fernandes Sociedade de Advogados (SP – RJ)
- Gamil Föppel Advogados Associados (BA – PE)
- J. N. Miranda Coutinho & Advogados (PR)
- Joyce Roysen Advogados (SP)
- Luis Guilherme Vieira Advogados Associados (RJ - DF)
- Leonardo Gagno – Advogados Associados (ES – DF)
- Malheiros Filho-Camargo Lima e Rahal Advogados (SP)
- Marcelo Leonardo Advogados Associados (MG)
- Maronna, Stein e Mendes Advogados (SP)
- Miliaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente (SP)
- Moraes Pitombo Advogados (SP)
- Moreira de Oliveira Advogados Associados (RS - SC)
- Muylaert, Livingston e Kok Advogados (SP)
- Nilo Batista & Advogados Associados (RJ)
- Odilon Pereira de Souza Advogados Associados S/C (MG)
- Oliveira Campos Advogados (ES)
- Oliveira Lima, Hungria, Dall'acqua e Furrier Advogados Associados (SP)
- Paulo Fernandes Lira Advogado e Associados (SP)
- Podval, Rizzo, Mandel, Antun, Indalecio e Advogados (SP - DF)
- Rafael Braude Canterji Advocacia Criminal (RS)
- Ráo, Pacheco, Pires & Penón Advogados (SP)
- Rechulski e Ferraro, Advogados (SP)
- Reale e Moreira Porto Advogados Associados (SP)
- Toron, Torihara e Szafir Advogados S/C (SP)
- Vilardi e Advogados Associados (SP)
- Zanoide de Moraes Advogados Associados (SP)

Patrocínio:

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br


Itaú

Secretaria
de Assuntos Legislativos

Ministério
da Justiça


BRAS
UM PAÍS DE TODOS
GOVERNO FEDERAL


PN
UD

Apoio:


OABSP

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ CEARÁ

- Associação Cearense do Ministério Público

■ 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

Para saber sobre patrocínio, colaboração ou apoio institucional entre em contato com a **Seção de Comunicação e Marketing do IBCCRIM**, pelo telefone (11-3105-4607 ramais 123 ou 175) ou e-mail comunicacoes@ibccrim.org.br. O portal do IBCCRIM traz sempre novidades sobre o evento! Fique de olho!

Fundamental para sua carreira

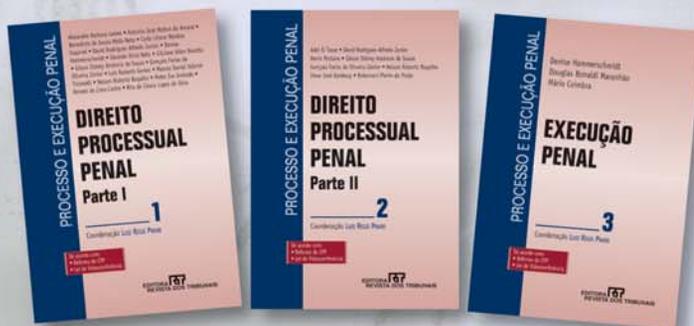


Coleção de Direito Penal Luiz Regis Prado



- Vol. 1 • Parte Geral, 2.ª edição - 224 páginas
- Vol. 2 • Parte Especial, 2.ª edição - 144 páginas
- Vol. 3 • Parte Especial, 2.ª edição - 128 páginas
- Vol. 4 • Parte Especial, 2.ª edição - 144 páginas
- Vol. 5 • Leis Penais Especiais - Parte I - 238 páginas
- Vol. 6 • Leis Penais Especiais - Parte II - 278 páginas

Coleção de Direito Processual Penal Luiz Regis Prado



- Vol. 1 • Parte I - 304 páginas
- Vol. 2 • Parte II - 160 páginas
- Vol. 3 • Execução Penal - 156 páginas

Guilherme de Souza Nucci

versão compacta



1.264 páginas

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery



2.ª edição
1.534 páginas

Rui Stoco



7.ª edição
1.950 páginas

Coords: Alberto Silva Franco e Rui Stoco



8.ª edição
1.754 páginas

Coords.: Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha



- Vol. 1 - Introdução e princípios fundamentais - 2.ª edição - 406 páginas
- Vol. 2 - Parte Geral - 942 páginas
- Vol. 3 - Parte Especial - 2.ª edição - 492 páginas
- Vol. 4 - Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - 2.ª edição - 350 páginas
- Vol. 5 - Criminologia - 6.ª edição - 554 páginas



lançamento

Vol. 6
Legislação
Criminal Especial
1.168 páginas

EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS
www.rt.com.br