

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL: CRIME E LOUCURA

Bubu é um poeta popular que acumula treze internações nos hospitais de custódia e tratamento (HCTs) — antigos manicômios judiciais. Entre perturbação da ordem pública e crimes de lesão corporal, seus últimos quinze anos foram vividos sob a vigilância da psiquiatria e do processo penal. Para ele essas instituições híbridas, a meio caminho entre hospitais e presídios, são as “casas dos mortos”. Esta é uma metáfora que o aproxima do teatrólogo **Lima Barreto**, para quem os manicômios eram os “cemitérios dos vivos”. A história de Bubu está contada no documentário “*A Casa dos Mortos*” — filme, a ser lançado em breve, que descreve o cotidiano de um manicômio judiciário do Brasil. Mais do que uma narrativa antropológica, o filme é uma peça de direitos humanos sobre o silencioso mundo dos HCTs.

O uso de metáforas para descrever tais locais não é um mero recurso literário. Na verdade, o giro linguístico aponta para o desafio ético e de direitos humanos que acompanha as sutilezas diagnósticas do sofrimento mental e do subsequente confinamento do infrator a medidas de segurança. Foi do encontro da psiquiatria com a ordenamento penal que nasceu um dos sistemas mais robustos de encarceramento: não há uma pena a ser cumprida em tempo determinado, mas uma assistência médica compulsória, com restrição de liberdade por tempo indeterminado. Enquanto perdurar periculosidade, o cidadão será mantido sob a vigilância prisional. Nesse cenário, diferentes saberes ganham poder sobre o destino do infrator doente mental, destacando-se especialmente o perito psiquiatra, a quem cabe o laudo sobre periculosidade, cessada ou não.

Mas, o que define a periculosidade de alguém? Nem todos os 4.500 internos dos HCTs do Brasil são autores de crimes violentos ou hediondos. Isso contraria a pretensão do senso comum, de justificar a internação pelo risco de o doente mental vir a cometer um crime. Ora, a diversidade de diagnósticos médicos corresponde à diversidade de infrações. Há casos diferentes de perturbação da ordem pública: homicídios, estupros, furtos de uso, ameaças, lesões corporais, portes de arma, vias de fato etc. — um verdadeiro catálogo de crimes e contravenções. Mas a surpresa não é encontrar o universo dos presídios comuns repetido nos manicômios judiciais; o espanto, que inclusive aquele filme revela, é sobremaneira ético, não somente penal.

Uma categoria de encarcerados, que não resalta nas unidades prisionais comuns, vive nos HCTs. É a dos denominados *problemas sociais*. Todos os manicômios do País apresentam a figura do interno já com laudo de cessação de periculosidade, ou seja, livre para viver fora dos muros do hospital-presídio, porém está abandonado por todas e quaisquer redes de apoio. Sem vínculos so-

ciais e sem a proteção do Estado, seu destino é a vida institucionalizada, como única forma disponível de existência. A solidão e o abandono, duas formas mais perversas do encarceramento de longa duração, tornam, os referidos *problemas sociais*, indivíduos de um mundo onde a interdependência é a regra. Sem opções para o exercício da liberdade, vegetam em regime de prisão perpétua. São pessoas livres de condenação criminal, mas segregadas pelo sistema moral que impõe à loucura a mais cruel das condenações — a morte simbólica.

O documentário “*A Casa dos Mortos*” dá rosto aos *problemas sociais*. Almerindo é um homem de cinquenta anos que, há três décadas, vive num HCT, por ser doente mental e ter furtado uma bicicleta. Faz mais de vinte anos que obtém laudo de cessação de periculosidade. Sem família e sem sistema de proteção estatal que lhe garantam a transição do hospital-presídio para a comunidade social, Almerindo vive em regime de prisão perpétua. Desprovido de posses e de vínculos, seu último ato no filme é abdicar-se de si mesmo, ao dizer à defensora pública que “Almerindo já morreu”. A morte, de que fala, não é apenas uma denúncia contra o isolamento prisional, mas a expressão da perversidade social que não suporta conviver com o louco-infrator.

Desafios para acabar com a casa dos mortos são muitos. Urge a construção de nova forma de lidar com o crime e contravenção cometidos em sofrimento mental. A avaliação da periculosidade, ou seja, da potencialidade de o cidadão reincidir, a qual fica a cargo exclusivo de uma perícia médica, é algo que ultrapassa a própria racionalidade do Estado de Direito. A indeterminação temporal da privação da liberdade afronta, de forma direta, as garantias constitucionais. Antes mesmo de alguma alteração de leis e de sua aplicação, a urgência é resolver a situação dos *problemas sociais*. É preciso iniciar um movimento concreto de resistência a essa prolongada violação dos direitos humanos.

A interposição de um Pedido de Providências perante o Conselho Nacional de Justiça requerendo a inclusão dos HCTs nos mutirões do sistema carcerário seria uma alternativa. Da mesma forma, o encaminhamento de requerimentos aos ministérios da Justiça, da Saúde e das Cidades, para atuação intersetorial na construção e manutenção de um número maior de residências terapêuticas. Tais residências já integram a política pública de saúde mental e bem que poderão ser utilizadas para abrigar os egressos dos HCTs. Trata-se de alternativas para o início de um processo de extinção dessas penas perpétuas que recaem sobre os *problemas sociais* e que, longe de imporem somente uma terapia em regime coercitivo, lhes restringem a dignidade de pessoas humanas.

• EDITORIAL: CRIME E LOUCURA	1
• O DECRETO DE INDULTO E O PAPEL DO EXECUTIVO NA POLÍTICA CRIMINAL Carolina Dzimidas Haber e Pedro Vieira Abramovay	2
• TRANSPARÊNCIA E DIREITO DE DEFESA Flávia Rahal e Ludmila de Vasconcelos Leite Groch	4
• UM VELHO DISCURSO UMA NOVA INSTRUMENTALIZAÇÃO Christiane Russomano Freire	5
• SEGREDOS, ADVOCACIA CRIMINAL, SÚMULA VINCULANTE Nº 14 E O ABUSO DE AUTORIDADE Warley Belo	7
• ASSESSORES JUDICIAIS: FRAUS LEGIS POR QUÊ? Nestor Eduardo Araruna Santiago	8
• MP: ILEGITIMIDADE DE PARTE NOS CRIMES SEXUAIS EM QUE A OFENDIDA É POBRE Carla Rahal Benedetti	9
• CRIMES TRIBUTÁRIOS: CONSUMAÇÃO, PRESCRIÇÃO E A PROPOSTA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 3 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Rogério Fernando Taffarello	11
• REFLEXÕES ACERCA DO LAUDO PERICIAL ASSINADO POR UM SÓ PERITO: MUDANÇAS NA CONTRAMÃO DA TÉCNICA Velocino Camargo Neto	12
• DIREITO À MORTE, DIREITO AO LUTO Debora Diniz e Tatiana Lionço	13
• A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E OS EFEITOS DA LIMINAR DA ADPF N. 130; IMPORTÂNCIA E LIMITES DA MÍDIA Renata Jardim da Cunha Rieger e Rafael Camparra Pinheiro	15
• DA EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE DÁ SEGUIMENTO AO FEITO APÓS A APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRELIMINAR DISCIPLINADA PELA LEI 11.719/08 Maria Carolina de Melo Amorim	16
• A PROBLEMA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL NOS DELITOS COMETIDOS ATRAVÉS DA EMPRESA Tatiana Stoco	18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

• LEI DE DROGAS. VEDAÇÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE.	1249
--	------

EMENTAS

• Supremo Tribunal Federal	1250
• Superior Tribunal de Justiça	1251
• Tribunais Regionais Federais	1252
• Tribunais de Justiça	1254

O DECRETO DE INDULTO E O PAPEL DO EXECUTIVO NA POLÍTICA CRIMINAL

Carolina Dzimidas Haber e Pedro Vieira Abramovay

Em sua edição de fevereiro/2009, **Alberto Silva Franco** publicou, neste *Boletim*, o artigo intitulado “Cláusula inadmissível no indulto natalino”, com algumas críticas ao Decreto nº 6.076, de 22 de dezembro de 2008, por meio do qual o Presidente da República concede indulto e comutação de penas ao condenado em condições de merecê-los, por ocasião das festividades comemorativas do Natal.

O autor direciona suas críticas, mais especificamente, ao art. 8º, inciso I, do Decreto nº 6.076/2008, que inova ao autorizar a concessão do benefício de indulto aos condenados pelos crimes do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, não só para as condutas dispostas nos §§ 2º (“*induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga*”) e 3º (“*oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem*”), mas também na hipótese do § 4º, que prevê a redução da pena no caso de condenação pela prática das condutas do *caput* e § 1º do art. 33, quando o agente for “*primário, de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas nem integre organização criminosa*”, desde que não configurada a prática de mercancia.

Segundo **Alberto Silva Franco**, o Presidente da República não estaria autorizando, por meio de decreto, a alargar ou restringir tipologias penais porque “*a incidência da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não estava subordinada à prévia rotulação do agente como traficante ou não*” e essa separação acaba por afrontar a regra da isonomia na aplicação da norma penal, referindo-se, especificamente, à necessidade de configuração da prática de mercancia para concessão do benefício de indulto, não prevista no texto da Lei nº 11.343, de 2006.

Em que pese a clareza com que o autor tece suas críticas e a relevância de sua preocupação com a proteção dos direitos do condenado pelos crimes previstos na Lei nº 11.343 de 2006, torna-se necessário esclarecer que, na verdade, a intenção do Presidente da República, ao promulgar o decreto de indulto, não foi restringir os direitos do condenado, mas ampliar o âmbito de concessão do benefício, sem desrespeitar as normas constitucionais e legais que consideram insuscetível de anistia, graça e indulto o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

A previsão, para a concessão de indulto natalino no caso de condenação pela prática das condutas do art. 33, *caput* e § 1º, da Lei nº 11.343/2006, de que não haja

prática de mercancia, em nenhuma medida pretende criar mais um requisito novo para a concessão do benefício de redução da pena, mas sim ampliar as hipóteses de concessão do indulto. Sendo assim, seu âmbito de incidência está restrito à aplicação do indulto e, nessa esfera, há ampliação e não restrição dos direitos do condenado.

Justamente por se tratar de benefício de redução da pena, o § 4º do art. 33 complementa os núcleos verbais do *caput* e do § 1º do art. 33, ou seja, pode ser aplicado, quando houver condenação por aqueles crimes, desde que presentes os requisitos que o autorizam às condutas ali descritas, dentre as quais a de tráfico de entorpecentes. Para que o decreto não fosse considerado inconstitucional, só seria possível conceder o indulto também para o condenado primário, de bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas nem integre organização criminosa, se o crime praticado por ele não fosse o de tráfico de entorpecentes. Trata-se de um requisito a ser observado pelo juiz apenas para a concessão do indulto, nunca para a aplicação do benefício de redução da pena.

De fato, o decreto separou a figura do traficante e do não-traficante porque, se não o fizesse, seria considerado inconstitucional. Ao fazê-lo, buscou consolidar uma discussão antiga sobre as condutas que podem ser consideradas crime de tráfico de drogas⁽¹⁾. Como não há, no art. 33, o *nomen iuris* “tráfico de entorpecentes”, não é possível tratar todas as situações ali previstas com o mesmo rigor, tanto é que não se imputa a condição de equiparadas a hediondos às condutas previstas nos §§ 2º e 3º, cujas penas cominadas são bem mais brandas do que as previstas para as condutas dispostas no *caput* e no § 1º do art. 33, as quais, por sua vez, são mais graves do que as penas aplicadas quando o condenado preencher os requisitos do § 4º.

Deve-se, portanto, na falta de uma identificação nominal do que venha a ser tráfico, examinar cada um dos núcleos verbais previstos no art. 33 para verificar quais deles traduzem a idéia de mercancia, de comércio, e, assim interpretar restritivamente o dispositivo legal, com o intuito de assegurar os direitos do condenado.

O decreto de indulto não é uma medida isolada do Poder Executivo na política criminal relativa às drogas. O tratamento do tráfico de drogas no direito brasileiro tem provocado profundas distorções e uma re-

visão se faz necessária. As severas restrições constitucionais e legais impostas a condenados — e até a acusados — pelo crime de tráfico evidentemente não podem se direcionar àqueles que não participam ou participam apenas marginalmente do comércio de drogas. A Secretaria de Assuntos Legislativos, no âmbito do projeto *Pensando o Direito*, financiou uma pesquisa realizada pela UFRJ justamente para construir um tipo penal que abarque essas situações e as trate de maneira diferente do tráfico de drogas. Nossa intenção é ainda este ano elaborar projeto de lei neste sentido.

O decreto também reforça a postura crítica que o Brasil assumiu no plano internacional no que se refere às políticas sobre drogas. Em março deste ano a Organização das Nações Unidas, no âmbito da UNGASS, realizou a revisão da política internacional sobre drogas. Diferentemente do ocorrido na reunião anterior, em 1998, não houve consenso entre os países para a assinatura de um documento final. Se há uma década não foi possível enfrentar o discurso de “*war on drugs*”, em 2009 vários países apresentaram forte oposição a esta política. O Brasil foi um desses países e propôs — citando especificamente o decreto de indulto —, no discurso apresentado pelo chefe de sua delegação, o tratamento não prisional de todos aqueles que não participam diretamente do comércio de drogas.

Assim, afirmamos que o decreto de indulto é parte de uma política criminal coerente que entende não mais ser possível enxergar na prisão a resposta adequada para aqueles que não têm envolvimento profundo com o comércio de drogas. O Poder Executivo tem implementado esta política de várias maneiras, a consolidação de uma interpretação restritiva sobre quais as condutas, entre as previstas no artigo 33 da Lei 11.343 de 2006, podem ser consideradas como tráfico de drogas, representa mais um passo nesta direção.

NOTA

(1) O tema foi abordado em artigo intitulado “A lei de drogas e o crime de tráfico”, de **Sérgio Salomão Shecaira** e **Pedro Luiz Bueno de Andrade**, publicado nesse *Boletim*, ano 15, n. 177, pp. 2-3, ago. 2007.

Carolina Dzimidas Haber

Mestre e doutoranda pela USP, é coordenadora da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

Pedro Vieira Abramovay

Mestrando pela UNB, é secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça

PARTICIPE POR ACREDITAR

FÓRUM ON-LINE: PARTICIPE DESSE ENCONTRO!

Encontre-se com grandes juristas, mestres e especialistas das Ciências Criminais, todos os meses, sem sair de casa. O Fórum on-line traz assuntos de interesse geral, proporcionando debates que contam com a participação de importantes professores e pesquisadores.

Veja, abaixo, a programação para os próximos encontros do Fórum on-line e participe!

■ **Data:** 15 de abril de 2009

Horário: Das 11h00 às 12h00

Tema: *Erro de Proibição*

Entrevistado: Ivan Martins Motta - Mestre e doutor pela PUC/SP, professor universitário, advogado criminalista e diretor do IBCCRIM

Mediador: Luis Eduardo Crosselli (IBCCRIM)

■ **Data:** 13 de maio de 2009

Horário: Das 11h00 às 12h00

Tema: *Direito Penal Militar: Noções e Limites*

Entrevistado: Nelson Lacava Filho - Mestre em Direito Penal pela USP, assessor da Presidência do Superior Tribunal Militar e autor de obras jurídicas

Mediador: Regina Cirino Alves Ferreira (IBCCRIM)

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: 08/04/2009 (QUARTA-FEIRA) "ECA: RUMOS OU DESVIOS NA REFORMA LEGISLATIVA"

Data: 08/04/2009 (quarta-feira)

Horário: Das 10h00 às 12h00

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

Expositores: **Eduardo Rezende Melo** (juiz de Direito e presidente da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude) e **Sérgio Salomão Shecaira** (presidente do IBCCRIM - gestão 1997-1998, atual presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo).

Inscrições: Gratuitas no Portal do IBCCRIM (www.ibccrim.org.br), por e-mail (mesas@ibccrim.org.br) ou por telefone (11 - 3105-4607, ramal 174).

I CONGRESSO BRASIL-URUGUAI DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - SÃO PAULO - SP

Data: 17 e 18/04/2009 (sexta-feira e sábado)

Horário: 19h00 às 23h00 (sexta-feira) e 09h00 às 13h00 (sábado)

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

Inscrições: Gratuitas no Portal do IBCCRIM (www.ibccrim.org.br), por e-mail (suzana@ibccrim.org.br) ou por telefone (11 - 3105-4607, ramais 140 ou 181).

Programação:

■ **17 de abril de 2009** (sexta-feira)

18h30 — *Abertura*

19h00 — *Expansão do Direito Penal e Globalização* - **Luciano Anderson de Souza** (mestre e doutorando em Direito Penal (USP), advogado em São Paulo, coordenador da pós-graduação em Direito Penal da Escola Superior do Advogado da OAB-SP e coordenador-chefe do departamento de Internet do IBCCRIM).

21h00 — *Entrega Viglada, Criminalidade Organizada, Instrumento Processual e Técnicas de Investigação* - **Eduardo Pereira** (juiz de Direito em Montevideu, Uruguai).

■ **18 de abril de 2009** (sábado)

09h00 — *Cooperação Penal Internacional* - **Carolina Yumi de Souza** (mestre em Direito Processual Penal na USP, advogada da União e assessora do Supremo Tribunal Federal).

11h00 — *Extradicação* - **Mauro Gambetta Alvarez** (advogado no Uruguai e pós-graduado em Direito Internacional).

SEJA NOSSO PARCEIRO!

Escritórios de advocacia, empresas e entidades podem ser parceiros do IBCCRIM,

patrocinadores ou apoiadores do 15º Seminário Internacional!

Os contatos devem ser feitos com a Seção de Comunicações do IBCCRIM, pelo telefone (11-3105-4607 ramais 123, 153 ou 175) ou e-mail (comunicacoes@ibccrim.org.br).

Acesse o nosso Portal (www.ibccrim.org.br) e confira quem já aderiu a esta parceria!



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2009/2010

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

1ª VICE-PRESIDENTE: Carlos Vico Mañas

2ª VICE-PRESIDENTE: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1º SECRETÁRIA: Juliana Garcia Belloque

2ª SECRETÁRIO: Cristiano Avila Maronna

1º TESOUREIRO: Édson Luís Baldan

2º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

CONSELHO CONSULTIVO:

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

COORDENADORES-CHEFES:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Andre Pires de Andrade Kehdi

CURSOS: André Adriano Nascimento Silva

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS:
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Luciano Anderson de Souza

MONOGRAFIAS: Fernando Salla

NÚCLEO DE PESQUISAS: Maria Amélia de Almeida Telles

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM

junto ao Olapoc: Renata Flores Tybiriçá

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

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: Rafael S. Lira

DIREITO PENAL ECONÔMICO: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

HISTÓRIA: Ana Elisa Liberatore S. Bechara

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Luis Fernando C. de Barros Vidal

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

TRANSPARÊNCIA E DIREITO DE DEFESA

Flávia Rahal e Ludmila de Vasconcelos Leite Groch

“(…) Pois é disso que se trata, na raiz, quando cogitamos do Estado de direito: direito de defesa.”
Min. Eros Grau⁽¹⁾

Foi imbuído de esperança que o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD decidiu juntar-se ativamente à luta pela garantia de acesso aos autos de inquérito policial por parte dos defensores dos convocados, entendendo que se trata de parte essencial do direito de defesa.

A luta a que aderimos teve início muito antes, por meio da atuação individual de muitos advogados que, no exercício de sua profissão, encontravam óbices no acesso a informações essenciais à defesa dos interesses de seus representados.

Não é nenhuma novidade a dificuldade encontrada pelos que militam na área criminal em ter vista dos autos de inquérito policial, mesmo quando o cliente esteja preso ou intimado para prestar esclarecimentos.

Tal qual Josef K., célebre personagem de **Kafka**, deparemos, frequentemente, com situações em que não se sabe o teor das investigações, o objeto da busca, o motivo ensejador da prisão e, por vezes, sequer em que condições se é chamado a comparecer perante a autoridade policial.

Diante das sucessivas recusas de vista dos autos, os advogados têm impetrado ordens de *habeas corpus*, ou mandados de segurança, na tentativa de garantir o direito de defesa do cidadão através do respeito a suas prerrogativas profissionais.

Nem sempre os tribunais acolhiam esses pedidos, o que impunha ao prejudicado a necessidade de recorrer à Corte Suprema para garantir direito expresso no texto constitucional e regulamentado em lei ordinária (art. 7º, XVIII e XIV, do Estatuto do Advogado). Para que os cidadãos e advogados tivessem assegurado direito incontestado, era necessário aguardar que a mais alta Corte do Brasil se pronunciasse.

Os argumentos contrários fundam-se, com frequência, na falaciosa dualidade entre direitos individuais e segurança da sociedade, invocando-se quase sempre o bordão “não há direitos absolutos”, sobre o qual disse o Supremo Tribunal Federal que “*tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se fez gazua apta a arrombar qualquer garantia constitucional*”⁽²⁾. Alega-se que a transparência das provas produzidas e dos documentos juntados comprometeria a luta contra o crime e colocaria a sociedade em risco. Os que se utilizam de tal dialética invocam a luta contra o crime, trazendo à memória os tempos obscuros das Ordenações do Reino.

Diante da infeliz constatação de que tais alegações vinham sendo acatadas como ra-

zão de decidir por algumas Câmaras e Turmas de nossos Tribunais, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por iniciativa do presidente da Comissão Nacional de Prerrogativas, advogado **Alberto Zacharias Toron**, houve por bem formular, com fundamento na Lei 11.417/06, Proposta de Súmula Vinculante ao Supremo Tribunal Federal. Foi em tal procedimento que o IDDD, em razão de suas previsões estatutárias e das convicções de seus membros, requereu sua admissão como interessado, compondo o pólo ativo na luta pelo respeito ao direito de defesa, em sua esfera mais singela e precípua, qual seja o acesso às informações que compõem a investigação⁽³⁾. Nossa manifestação recebeu gentil referência no voto do ministro **Marco Aurélio**.

A junção de forças foi vitoriosa e, em 2 de fevereiro deste ano, o Supremo Tribunal Federal, por expressiva maioria, acolheu a proposta de edição de súmula vinculante 14 e aprovou o seguinte enunciado: “*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.*”

Entretanto, uma questão ainda paira no ar. Mesmo com o sucesso alcançado pela publicação da súmula, qual a razão de tamanho contentamento se o assunto tratado é tão claro e tão amplamente protegido pelo texto constitucional e pela legislação ordinária? Como podemos ficar tão satisfeitos com a validação de uma regra que nunca deixou de existir?

Para responder tal pergunta, ainda que tristemente, temos que admitir que estamos diante de tempos sombrios, como bem definiu o ministro **Eros Grau**: “*Não vivemos ainda um tempo de guerra, um tempo sem sol, embora de quando em quando o sintamos próximo a nós.*”

É certo que o prestígio do direito de defesa aumenta ou diminui proporcionalmente ao respeito às regras do Estado de Direito. Quanto mais rígidos somos com as exceções à regra democrática e às violações dos direitos e garantias individuais, mais se aceita e se reconhece a relevância dos direitos atinentes à defesa. Mas há um preocupante fenômeno que se observa em escala mundial, que é o de governos legítimos e democráticos, a pretexto de que é necessário combater o terrorismo e o crime organizado, relegarem o Estado de Direito a um plano secundário.

Temos visto na história alternarem-se tempos de maior ou menor violência estatal, de maior ou menor controle das atividades repressivas do Estado. Desde o primeiro Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 4.215/63), entretanto, o exame dos

autos de inquérito por advogado encontra guarida na lei, não tendo sido excluído do texto legal sequer pela ditadura militar.

Após a promulgação da Constituição de 1988, não restaram mais dúvidas sobre ser a vedação de acesso de convocados aos autos contrária aos direitos individuais ao devido processo legal e à ampla defesa (incisos LIV e LV do artigo 5º), além de atentar contra a disposição constitucional de ser a advocacia função essencial à administração da justiça (art. 133).

Nos acordos e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o assunto encontra igual relevância, sendo garantido o acesso às razões que motivaram a prisão, bem como de todas as acusações formuladas (art. 9º, item 2, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e art. 7º, item 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica).

Não se vislumbra, portanto, respaldo legal nas legislações modernas e democráticas à vedação de acesso às provas e documentos existentes em procedimento investigativo por parte da pessoa investigada, através de seu advogado constituído ou defensor nomeado.

Caso contrário, é de se perguntar qual poderia ser a função desempenhada pelo profissional do direito na defesa de seu cliente. Quiçá deva ser aquela mencionada pelos advogados **Alexandra Lebelson Szafir** e **Alberto Zacharias Toron**: “*Advogados cegos, blind lawyers, poderão, quem sabe, confortar afetivamente seus assistidos, mas, juridicamente, prestar-se-ão, unicamente, a legitimar tudo o que no inquérito se fizer contra o indiciado.*”

Em suma, não podemos deixar de comemorar uma vitória do direito de defesa e do Estado de Direito, mas devemos continuar atentos às reiteradas tentativas de retrocesso e de aniquilamento de conquistas decorrentes de anos de luta, que salvaguardam direitos de todos e não apenas de alguns.

NOTAS

(1) STF, HC 95.009/SP, j. em 06/11/2008.

(2) *Ibidem*.

(3) Da mesma forma e na mesma direção, a Associação dos Advogados de São Paulo – AASP requereu sua admissão como interessado e, em sentido contrário, a Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR.

(4) Mesmo voto já citado.

(5) *Prerrogativas Profissionais do Advogado*, 2ª ed., Brasília: Editora do Conselho Federal da OAB, 2006, p. 86.

Flávia Rahal

Advogada criminal, presidente do IDDD, mestre em Direito Processual Penal pela USP, coordenadora e professora do Curso de Especialização em Direito Penal Econômico da FGV/SP.

Ludmila de Vasconcelos Leite Groch

Advogada criminal, Diretora do IDDD, mestre em Direito Penal pela USP, presidente da Comissão de Direito Penal Econômico do IBCCRIM

UM VELHO DISCURSO UMA NOVA INSTRUMENTALIZAÇÃO

Christiane Russomano Freire

O medo contemporâneo se corporifica por meio da figura arquetípica do “inimigo”. O discurso autoritário instrumentalizado faz ressurgir a fantasia infantil como ameaça persecutória, modelando o tipo ideal do “inimigo”, revelado nas figuras do “terrorista-imigrante”, do “traficante” ou mesmo do que se generalizou denominar “criminalidade organizada”.

Distintamente de outros discursos autoritários de caráter abertamente racista e intolerante, o discurso contemporâneo, chamado por **Umberto Eco** de *protofascismo*⁽¹⁾ (numa clara alusão aos sinais ou sintomas de ressurgimento do pensamento fascista), aparece camuflado por proposições de segurança a populações e territórios. Traduz-se por meio de eficazes mecanismos de recrudescimento do controle social, não de caráter puramente violentos mas essencialmente aqueles invisíveis, sutis, capazes de atingir indiscriminadamente todos os recantos do tecido social.

A construção da categoria social do “inimigo”, ao apropriar-se da dimensão moralista e “racional” do discurso autoritário, atende à lógica de legitimação da violência institucional, vez que fomenta uma postura coletiva de conivência com o arbítrio estatal. Ora, a partir de uma premissa maniqueísta, se conferimos ao Estado moderno a titularidade e a legitimidade do poder de punir, nada mais coerente que este seja efetivado de forma cada vez mais sistemática e severa, substancialmente em face às ameaças e coações intermitentes do suposto ataque “inimigo”.

A funcionalidade da categoria social “inimigo” reside fundamentalmente na sua habilidade de transmutação, ou seja, na capacidade de se revestir em diferentes formas, adequando-se em razão do grupo social que deseja identificar.

Se nos países periféricos aplica-se o rótulo a desviação identificada com a criminalidade urbana violenta (mais especificamente àqueles indivíduos que cometem delitos patrimoniais, ou dedicam-se ao pequeno tráfico de substâncias entorpecentes), nos países centrais, o alvo são os imigrantes, considerados e tratados como potenciais terroristas.

O pacto europeu para a imigração, idealizado pelo presidente francês Nicolas Sarkozy, batizado com o emblemático nome de imigração “seletiva”, desvela a perversi-

dade contida na escolha do novo inimigo público, responsabilizado pelas mazelas econômicas, sociais e culturais vivenciadas pela comunidade europeia após o desmonte do Estado de Bem Estar Social. Não bastasse a dimensão simbólica inserta nas medidas ditadas pelos sentimentos de xenofobia, as mesmas foram sistematizadas e regulamentadas pela totalidade dos vinte e sete países-membros da União Européia⁽²⁾, países historicamente reconhecidos pelas suas tradições democráticas.

As medidas de controle à imigração, positivadas na “Diretiva de Retorno”⁽³⁾, aprovada pelo Parlamento Europeu em 2008 — *ao prever a possibilidade de reter os imigrantes ilegais, incluindo os menores, em centros especiais por até seis meses, prorrogáveis por um máximo de doze meses,*

antes de expulsá-los; ou por até dezoito meses em casos excepcionais, bem como a proibição dos imigrantes detidos de retornem por cinco anos a União Europeia — criam um tipo penal *sui generis*, consistente no simples ato de imigrar sem a documentação adequada.

O sentido discriminatório constitutivo do programa de “imigração seletiva” pode ser visualizado também na proposta da criação do *blue card* (análogo ao *green card*), concebido para regulamentar a permanência daqueles trabalhadores classificados como “altamente qualificados”. Ou seja, daqueles pertencentes aos estratos sociais mais altos, merecedores do privilégio de usufruir o *status* de cidadão europeu-civilizado, em contraposição ao restante dos não-cidadãos, redundantes e incivilizados.

A nova legislação aprovada pelo Parlamento Europeu em fevereiro de 2009, que obrigará todos os países da União Europeia a aplicar pesadas sanções e penas criminais contra empresários que contratam imigrantes ilegais, compõe mais uma das dimensões da opção punitivista de combate à imigração. A norma aguarda a ratificação dos governos dos 27 países europeus, e deve entrar em vigor em 2011.

Dentre outras disposições a nova norma prevê ao empregador que contrate imigrantes ilegais multas no valor correspondente aos impostos e cotizações correspondentes ao que deveria caso o trabalhador estivesse em situação regular. Determina, ainda, o pa-

A construção da categoria social do “inimigo”, ao apropriar-se da dimensão moralista e “racional” do discurso autoritário, atende à lógica de legitimação da violência institucional, vez que fomenta uma postura coletiva de conivência com o arbítrio estatal.



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):

Fabíola Monteconrado Ghidalevich

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e AL):

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e SE):

Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):

Márcio Gaspar Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

Ricardo Guinalz

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Andre Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecília Tripodi, Eduardo Augusto Paglione e Renato Stanzola Vieira

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

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas
Tel./Fax (11) 2215-3596
E-mail: ameruso@ameruso.com.br

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

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

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

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar
CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3105-4607 (tronco-chave)

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

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	

gamento ao imigrante dos salários atrasados, assim como os custos de sua expulsão do país. As sanções também são destinadas àqueles que utilizam imigrantes clandestinos em tarefas domésticas, variando de acordo com o número de contratações ilegais e exploração. Incentiva a criação pelos países de associações e sindicatos de trabalhadores estrangeiros, a fim de auxiliá-los a denunciar as contratações ilegais. Por fim, prevê a possibilidade de autorização de residência temporária àqueles imigrantes que identificarem empregadores que contratam ilegais.

A partir do recrudescimento do controle à imigração na França, as expulsões de imigrantes em situação irregular aumentaram em 80% no início de 2008, em relação ao mesmo período de 2007, com 14.660 ilegais expulsos nos cinco primeiros meses do ano. O primeiro-ministro francês, François Fillon afirmou que a meta, para o ano de 2008, seria a expulsão de 25 mil imigrantes ilegais.

Seguindo a tendência criminalizadora, em fevereiro deste ano uma parcela do Senado italiano aprovou um projeto de lei que permite aos médicos⁽⁴⁾ denunciarem imigrantes em situação irregular, e prevê quatro anos de prisão para os ilegais que não abandonarem o país, além de criar um imposto, entre 80 e 200 euros, para as permissões de residência.

A autorização de residência está condicionada a um sistema de crédito, baseado em dez pontos iniciais que serão descontados toda vez que o imigrante cometer uma infração, tais como desconhecer a língua italiana ou não ter atingido um “bom nível de integração social”. No momento em que o imigrante zerar os dez pontos, receberá ordem de expulsão. O projeto aguarda a aprovação integral pelo Senado, antes de voltar à Câmara dos Deputados para a ratificação final⁽⁵⁾.

Conforme o relatório da Organização Internacional para a Imigração — *World Migration Report* — publicado em 2008, o contingente de imigrantes no mundo supera os 200 milhões de pessoas, percentual que faz da imigração constitutiva 3,0% da população mundial. A Euro-

pa (incluindo os países da Ásia Central) apresenta o maior número, superando os 70,6 milhões de pessoas, enquanto o segundo lugar é ocupado pela América do Norte, com mais de 45,1 milhões de imigrantes. Na totalidade, o contingente de imigrantes ilegais oscila entre 20 e 30 milhões⁽⁶⁾, sendo que aproximadamente 8 milhões destes vivem em países europeus.

Para melhor compreensão dos significados ocultos das medidas de criminalização das práticas migratórias, faz-se necessário res-

gatar os ensinamentos de **David Garland** ao elucidar o que conceitua como “cultura do controle”. Em entrevista concedida a *Revista ComCiência*, afirma o autor:

“(...) a punição tem efeitos sociais mais amplos que não estão confinados à punição ou controle de indivíduos. Há usos políticos óbvios da punição, que operam na arena política. Por exemplo, a promessa de punições severas é usada para distin-

guir um candidato que defende políticas muito duras de combate ao crime de um candidato com políticas mais amenas. Assim, a decisão sobre como punir ou que tipo de lei penal introduzir podem ser maneiras simbólicas de marcar um bloco político inteiro de valores e opiniões. Hoje nos EUA, um número maciço de indivíduos está preso e a uma taxa muito mais alta do que em outras democracias liberais. O fato é que o encarceramento de 2,3 milhões de pessoas tem implicações econômicas importantes. Significa, por exemplo, que a taxa de 4% de desempregados nos EUA, anunciada pelo governo, pode chegar ao quadro real de 6% se forem incluídos os que poderiam estar trabalhando - uma adição de 2% de desempregados escondidos atrás das grades. Ou seja, a prisão funciona para regular o mercado de trabalho e disfarçar desempregados.”⁽⁷⁾

Ainda, na perspectiva de **Garland**, todas as medidas penais têm uma qualificação polissêmica, concentrando objetivos, imagens e sentidos diferentes, significando coisas diferentes para pessoas diferentes, inclusive as medidas que parecem ser (aos olhos de seus críticos) simples e indubitavelmente punitivas⁽⁸⁾. Na hipótese da

criminalização da imigração, é possível identificar dois registros distintos: o primeiro, de natureza claramente repressiva e discriminatória, voltado a coibir futuras ondas migratórias e legitimar a perseguição dos novos “inimigos”; e o segundo, de natureza simbólica, instrumental, capaz de proporcionar sensações de segurança e proteção, redutoras dos riscos e medos que assombram os órfãos do Estado de Bem Estar Social.

Por fim, a tendência punitivista, especialmente aquela que personifica a delinquência na figura dos imigrantes, recebe impulso significativo com a atual crise econômica que assola o sistema financeiro mundial. A assustadora extinção de milhares de postos de emprego e, por conseguinte, as exigências de readequação radical dos mercados de trabalho, legitimam e estimulam políticas cada vez mais segregatórias e incapacitadoras. Revigora-se o medo e o ódio aos sujeitos vistos como redundantes (estranhos) no interior da nova conformação societária. E, com isso, institucionaliza-se a criminalização de uma das práticas mais antigas e tradicionais da história humana: a imigração.

NOTAS

- (1) **ECO, Umberto**. “A Nebulosa Fascista”, artigo publicado no *Jornal Folha de S.Paulo* em 14.05.1995. Tradução **Samuel Titan Jr.**
- (2) Países que integram a União Europeia: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos (Holanda), Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Romênia e Suécia.
- (3) Apelidada pelos organismos internacionais que lutam pelos Direitos Humanos de “Diretiva da Vergonha”.
- (4) A Organização Médicos sem Fronteiras (MSF), nos últimos dias, fez uma campanha de protesto sob a bandeira “Somos médicos e não espíões”, alegando que a medida não impede a imigração ilegal, mas sim que os imigrantes procurem tratamento no sistema de saúde público.
- (5) O projeto de lei em questão foi apresentado pelo governo do Presidente Silvio Berlusconi, e recebeu no Senado 156 votos a favor, 132 contra e uma abstenção. *Folha de S.Paulo*, 5 de fevereiro de 2009. <http://www.folha.uol.com.br/> Acesso em 27.02.2009.
- (6) Site <http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/es/pid/2034#wmr> – International Organization for Migration – IOM, acesso dia 17.02.2009.
- (7) **GARLAND, David**. *Com Ciência Revista Eletrônica de Jornalismo Científico*, nº 98. Entrevista publicada em 10.05.2008. disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/>>. Acesso em: 12.03.2009.
- (8) **GARLAND, David**. “As Contradições da ‘Sociedade Punitiva’: o caso Britânico”, *Revista de Sociologia e Política*, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. Brasil, nº 13, pp. 59-80, nov. 1999.

Christiane Russomano Freire

Professora de Direito Penal e Criminologia da Universidade de Caxias do Sul (UCS/RS) e mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS

SEGREDOS, ADVOCACIA CRIMINAL, SÚMULA VINCULANTE Nº 14 E O ABUSO DE AUTORIDADE

Warley Belo

“A defesa não quer o panegírico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente ou criminoso, a voz dos seus direitos legais.”

(Rui, *Obras Completas*, vol. XXXVIII, t. II, p. 10)

O nosso processo penal, de 1941, de origem ditatorial-fascista, sempre protegeu a ideia de que segredo e Justiça eram corolários de um processo mais eficiente, subelencando as garantias processuais.

O CPP exige, hodierna e anacronicamente, o “sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade” (art. 20, CPP) — inclusive contra o imputado — em conceito de todo similar ao “*deutsche Volksgeist*” nazista, ápice do nilismo moral⁽¹⁾.

A doutrina ainda define o inquérito como mera peça informativa de natureza administrativa, sigilosa e inquisitiva. Isso sem levar em consideração que, até bem pouco tempo atrás, vivíamos sob as agruras de uma política repressora cheia de “segredos” e desmandos para o imputado, concebido como mero “objeto”.

Não se pode passar ao alvedrio do outro lado desprestigiado Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94). Há 15 anos tenta assegurar, aos advogados, o acesso aos autos de flagrante e de inquérito (art. 7º, inciso XIV)⁽²⁾, exceto quando há “segredo de justiça” (§1º, 1), exceção essa estabelecida ao largo de qualquer probidade administrativa.

A jurisprudência, titubeante, apoiada na mais fina doutrina de “manuais” e em precedentes de escol⁽³⁾, só começou mesmo a ter luzes⁽⁴⁾ sobre a discussão no HC 82.534-8/PR, STF, min. Sepúlveda Pertence, isso nos idos de 2004...

Todavia, apesar da Constituição, apesar da lei, apesar do Supremo, a prática da advocacia criminal, não raras vezes, se depara, ainda, com o total desconhecimento por parte de autoridades do art. 5º, LV, CF, ao não interpretarem extensivamente o inquérito policial como “processo administrativo” ou os imputados como “acusados em geral” :

“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

A interpretação mais usual é restringir o art. 5º, LV, CF, até que se poste amorfo no art. 20 do CPP...

Procurando efetivar a prerrogativa profissional de acesso aos autos, elementar ao exercício da defesa de qualquer cidadão,

o Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), em setembro do ano passado, propôs, e foi aprovada, no dia 2 de fevereiro de 2009, a tão aguardada Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, do teor seguinte:

“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Uma evolução notável para a cidadania num alargado direito à informação (*Nemo inauditus damnari potest*)⁽⁷⁾, apesar de dois votos contrários: dos ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

É claro que não se pode falar em contraditório pleno no inquérito porque não há relação processual e nem é processo. Também não há direito absoluto dos advogados de acesso aos inquéritos e às atividades policiais. Há restrições como, por exemplo, o acesso prévio às diligências. Desse modo, o inquérito continua correndo a segredo, mas parcial, nunca total. De modo que, se os autos são do interesse do cliente do advogado e há provas já documentadas, a autoridade não pode mais alegar sigilo do inquérito ao advogado, absolutamente. E diga mais, as diligências não precisam nem estar disponíveis nos autos, tal como fez o art. 8º da lei de interceptações telefônicas (Lei nº 9.296/96), basta estarem documentadas.

Essa súmula tem a declarada intenção de paralisar as violações dos direitos constitucionais dos cidadãos, por parte de pessoas que detêm certa parcela de autoridade. No mesmo sentido já pensavam Milton Campos e Bilac Pinto, intelectuais da Lei 4.898/65 (a lei de abuso de autoridade), onde em seu art. 3º, alínea “j” passou, em 1979, a dispor ser crime de abuso de autoridade qualquer ato atentatório:

“j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional (incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/79).”

Que encontra ressonância constitucional no art. 5º, XIII, CF:

“XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”

De se ver que a alínea “j” se trata de norma penal em branco, a configuração do abuso de autoridade contra os advogados depende, pois de seu estatuto, no caso

a Lei 8.906/94. Esse estatuto, no seu art. 7º, dispõe os direitos do advogado, dentre os quais se destacam:

“XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos XV e XVI:

1) aos processos sob regime de segredo de justiça;”

A obstrução ao direito de defesa, mesmo sob a alcinha do kafkiano “segredo de justiça”, em tese, pode configurar o delito previsto na alínea “j” do artigo 3º da Lei 4.898/65, o qual estatui constituir crime de abuso de autoridade *qualquer atentado* aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. Sem sombra de dúvidas, o acesso aos autos cerceia o exercício profissional do advogado e esse exercício jamais se submete a nenhum tipo de segredo, do que se depreende da Súmula Vinculante nº 14.

A História está cheia de exemplos de perseguições e injustiças sob o manto cego da vindita. Em nome da Justiça, já se mataram inimigos particulares. Sem o acesso aos autos, não há defesa; sem defesa, não há Justiça; sem Justiça, não há Estado Democrático de Direito.

Por evidente, se compreende que o segredo a que alinha o § 1º do art. 7º, do Estatuto da Advocacia, já citado, possa constituir-se em prática arbitrária ou ilegal frente a Súmula Vinculante nº 14 que não impôs condições ou limitações ao livre exercício do profissional do Direito. O sigilo, jamais, repita-se, se sobrepujará ao direito do advogado de ter acesso aos autos, mesmo porque pautado por princípio constitucional.

A ideia de segurança no Estado Democrático de Direito não exclui a liberdade individual, senão complementa-a (Canotilho). A proibição por segredo, dessa forma, é simbólica porque visa fundar um conflito só existente na vencida ideologia da defesa social e que tem por consequência última o esvaziamento do sistema processual em favor do autoritarismo estatal. No Estado de Direito, democrático, não é possível contrapor dois pilares: a busca da Justiça e a defesa do indivíduo. Colocar o processo pe-

nal nesse patamar é desvincular a finalidade do Estado dos direitos fundamentais e isso é conceitualmente paradoxal (John Rawls).

Desta maneira, a proibição ou vedação por ato verbal ou escrito da retirada de autos por parte da autoridade judiciária ou administrativa constitui gravame indevido e abusivo passível de correção via mandado de segurança. Desrespeitado o princípio, tratar-se-á de cerceamento profissional e configurado estará o abuso de autoridade.

Do complexo de direitos do indiciado é corolário primeiro e prerrogativa universal de ter, o advogado, acesso aos autos respectivos. A tal direito não se exclui o inquérito ou o processo que corre em sigilo. O preceito legal é irrestrito resolvendo-se, em favor da defesa, eventual conflito com os interesses do sigilo das investigações.

Magistratura, Ministério Público ou qualquer autoridade precisa de prerrogativas ou garantias para exercer o múnus, desenvolvendo com eficiência suas atividades.

O exercício da Advocacia também está

assegurado por garantias, sem as quais não sobreviveria.

Deste modo, configurado está o direito líquido e certo que têm os advogados de terem acesso e copiarem os autos quantas vezes forem necessárias: segredo e Justiça só andaram de mãos dadas sob o jugo inquisitorial, o vitupério do "Führerprinzip" ou o manto cego do abuso de poder.

NOTAS

- (1) Como se observa, a discussão prova o acerto de **Hannah Arendt** quando afirma que a democracia liberal não afasta por completo os vestígios de uma ideologia de terror que torna o homem supérfluo (*Origens do Totalitarismo*, Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1989).
- (2) Ver "O sigilo no inquérito policial e o exame dos autos por advogado", *Revista da OAB*, nº 66, janeiro-junho, 1998, **Luiz Flávio Borges D'Urso**.
- (3) RT 780/730; 811/553.
- (4) Raríssimas exceções. Justiça seja feita, por exemplo, ao des. **Prado de Toledo**: RSE nº 184.211-3, TJSP, em 1995.
- (5) Em 1971, o jurista **Pontes de Miranda** (*Comentários à Constituição de 1967 – com a Emenda n. 1, de 1969*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1971, t. V, pp. 257-258)

já afastava "qualquer possibilidade de expedientes inquisitoriais, com características de opressão e consequentes parcialidades ou arbitrariedades. Seja judicial, seja judicialiforme, ou perante o juiz, ou perante a polícia, ou perante as autoridades administrativas, a instrução criminal tem de ser, por força da Constituição, contraditória".

- (6) **Lauria e Tucci**. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, São Paulo: RT, 1993, p. 25; **LOPES JÚNIOR, Aury**. *Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 303.
- (7) A tendência garantista não é só entre nós. O jurista argentino **Julio Maier**, presidente do Tribunal Superior de Justiça de Buenos Aires, no seu *La Censura Del Juicio Penal, Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1984, p. 237, expõe que o "derecho de defensa debe ejercerse plenamente durante todo el desarrollo del proceso penal, dividido en tres fases: a) la instrucción o procedimiento preliminar, b) el procedimiento intermedio y c) el juicio plenario o procedimiento principal. Es decir que 'la garantía constitucional alcanza al sumario de prevención policial, a la instrucción preparatoria, a la información fiscal previa a la citación directa y al juicio plenario'".

Warley Belo

Advogado criminalista em Belo Horizonte, mestre em Ciências Penais (UFMG); da Comissão de Assuntos Penitenciários da OAB/MG, e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais

ASSESSORES JUDICIAIS: FRAUS LEGIS POR QUÊ?

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Em artigo da lavra do advogado e procurador de justiça aposentado **José Roberto Antonini**, levantou-se a hipótese de que a atividade dos assessores judiciais — "magistrados ocultos", na sua conceituação — vulnera mortalmente o princípio do juiz natural e o princípio do devido processo legal. Segundo suas palavras, "não é despropositado ponderar que a intromissão desse personagem anômalo, o assessor judicial, que nada obstante despido das prerrogativas da Magistratura é quem verdadeiramente estuda os autos e minuta os atos subscritos pelo magistrado". Parte do pressuposto que, embora diligente e capacitado, ainda que agindo sob a supervisão do magistrado, torna a atividade jurisdicional *terceirizada*, pois casos pode haver em que não haverá supervisão alguma por parte do juiz. Em suma, para o nobre autor, a atividade dos assessores judiciais caracteriza verdadeira *fraus legis*, e, por que não dizer, *fraus constitutionis*, enfraquecendo o Poder Judiciário.

Seus argumentos, embora relevantes, são equivocados, e não resistem a um debate mais profundo. Em primeiro lugar, veja-se o aspecto normativo da questão.

Como se sabe, a atividade jurisdicional é indelegável, por determinação constitucional que estipula o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), estipulado o ingresso de juízes substitutos mediante concurso público de provas e títulos, com a ressalva dos artigos 94 e 101 do

texto magno. Os assessores judiciais, efetivamente, não são magistrados, mas, sim, servidores do Poder Judiciário: o seu ingresso se dá igualmente por concurso público de provas, ou de provas e títulos, mas para cargos normalmente chamados de "técnico judiciário", "assistente judiciário" ou "assessor jurídico", com funções (sem trocadilho) totalmente distintas das dos juízes substitutos que ingressam na carreira e vão prestar a jurisdição em comarcas distantes, sem qualquer auxílio de qualquer assessor.

Ainda, há a possibilidade de o assessor judicial ingressar no Poder Judiciário como cargo comissionado, de confiança do magistrado, desembargador ou ministro dos tribunais superiores, como sói acontecer. Independentemente da forma de ingresso, não há usurpação de função pública⁽²⁾, vez que ao Poder Judiciário é conferida autonomia financeira e administrativa (grifo nosso)⁽³⁾, competindo privativamente aos tribunais organizar suas secretarias e serviços auxiliares e dos juízes que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva⁽⁴⁾, bem como prover os cargos necessários para a administração da justiça⁽⁵⁾.

Há que se lembrar que nos juizados especiais há figura similar aos assessores jurídicos: os conciliadores, que podem ser juízes leigos não concursados, que, igualmente, são competentes para a conciliação, mormente

nos Juizados Especiais Cíveis⁽⁶⁾. Igualmente, também há assessores atuantes no Ministério Público, por força das mesmas regras constitucionais atinentes ao Poder Judiciário — e nem por isso se fala em violação do princípio do promotor natural.

Portanto, do ponto de vista constitucional, legal e regimental, perfeitamente cabível a existência dos assessores judiciais, como forma de auxiliar na efetividade da jurisdição, sem que haja qualquer mácula ao princípio do juiz constitucional, até porque suas funções e cargos não se confundem. Não se pode, então, falar em "dueto magistrado-assessor", pois o magistrado está sempre sozinho na sua função precípua de julgar, ainda que atue em órgão colegiado.

Outro argumento levantado pelo autor parte de um pré-conceito. De forma simplista, alega que os magistrados proferem as decisões cegamente, fiados na análise registrada pelos assessores, que nem sempre chegam aos detalhes do processo.

Trata-se de afirmativa perigosa, porque toma a exceção como regra. Como já se procurou salientar, o trabalho do assessor judicial é de dar efetividade à jurisdição, buscando valer o devido processo legal pela via da duração razoável do processo. De forma alguma procura imiscuir-se em atividade relegada aos juízes, até mesmo porque as funções do cargo de assessor judicial não permitem o exercício da função judicante.

Certo é que o Poder Judiciário brasileiro encontra-se congestionado, à beira da paralisação total: medidas paliativas, como a súmula vinculante e a Lei dos Recursos Repetitivos, somente resolvem o problema nos Tribunais Superiores, deixando em segundo plano a jurisdição de primeiro grau. Esta, sim, absorve todos os conflitos cotidianos, da briga de vizinhança até o homicídio. Igualmente congestionados encontram-se os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, justificando-se, assim, o “auxílio luxuoso” dos assessores judiciais, pessoas em sua grande parte capacitadas para assistir os magistrados, desembargadores e ministros na difícil e solitária tarefa de julgar.

Mais uma vez, insista-se: não se pode fazer da exceção, regra. Se o magistrado tem assessor judicial e com ele não discute a pro-

posta de decisão, seja uma sentença, seja um voto; se o magistrado não lê o processo que está sob sua responsabilidade, deixa de prestar jurisdição, atividade que não se suprime tão-somente com a aposição de sua firma.

Em conclusão, não se pode afirmar que há *fraus legis* ou até mesmo “*fraus constitutionis*”, como afirmou o autor. A atividade do assessor judicial não é fraudulenta, não constitui crime e não burla o texto constitucional. Muito pelo contrário, procura dar-lhe eficácia, fazendo valer os direitos e garantias individuais. Mas permanece no anonimato — *ghost writer* é a melhor expressão —, cujas palavras podem ou não ser endossadas pelo magistrado vinculado à relação processual. E se o magistrado não presta a jurisdição, cabe ao órgão correicional ao qual se vincula buscar apurar sua responsabi-

lidade, punindo-o exemplarmente.

NOTAS

- (1) *Boletim IBCCRIM*, ano 16, n. 196, jan. 2009, p. 19.
- (2) Art. 328, *caput*, Código Penal.
- (3) Art. 99, *caput*, Constituição Federal.
- (4) Art. 96, I, c, Constituição Federal.
- (5) Art. 96, I, e, Constituição Federal.
- (6) Art. 98, I, Constituição Federal.

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor em Direito Tributário, mestre e especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor), coordena as especializações da Fesac (OAB/CE), assessor jurídico do corregedor-geral da Justiça do Estado do Ceará (TJCE)

MP: ILEGITIMIDADE DE PARTE NOS CRIMES SEXUAIS EM QUE A OFENDIDA É POBRE

Carla Rahal Benedetti

O Código de Processo Criminal de 1832, seguindo o Código Criminal de 1830, distinguiu os modos de procedimentos para os crimes públicos e para os particulares (72/78). Os primeiros eram promovidos pelo promotor público ou por qualquer cidadão, dentre eles os crimes políticos. Já os crimes contra os particulares conferiam, ao ofendido, a possibilidade de promover a ação penal até mesmo em relação ao homicídio⁽¹⁾.

Mister se faz observar que cabia ao promotor o dever de ingressar com a queixa nos casos de vítima pobre e a qualquer do povo a faculdade de fazê-lo (73), podendo, inclusive, oferecer denúncia nos casos elencados no art. 74 do Código de Processo Criminal de 1832.

Historicamente, foi no Código Penal brasileiro de 1890 que o legislador apresenta, pela primeira vez, a determinação de que os crimes sexuais são de iniciativa privada, excetuando os casos elencados no art. 274. Aparece, finalmente, a preocupação do legislador em amparar o direito das ofendidas “miseráveis”. Conclui-se que o legislador, embora ressaltando a ideia de que os crimes sexuais são de interesse exclusivo da vítima por tratarem de questões de foro íntimo e de possível exposição social, preocupando-se com aquelas que por deficiência de recursos poderiam ficar sem o amparo da justiça, apresenta, dentre as exceções, a possibilidade de que seja instaurado um processo.

Pela Consolidação das Leis Penais (1932), foi mantido o artigo 274 do Código Penal de 1890. O Código Penal de 1940 também mante-

ve a preocupação de tutelar o direito das vítimas de crimes sexuais, que por questões econômicas não podem suportar as despesas de um processo sem privar-se dos recursos indispensáveis à sua família (art. 225, § 1º, I/c § 2º).

Inovando com a chamada Representação (manifestação formal de interesse na punição do autor), sem contudo regulamentá-la, nos casos de vítima pobre, permaneceu entendendo caber à iniciativa privada a legitimidade para a busca da tutela jurisdicional (art. 225, *caput*). Antes mesmo da publicação da reforma penal (Código de 1940), ficou inicialmente resolvido, conforme Exposição de Motivos do CPP, que não poderia ser esperada por maior tempo a elaboração do projeto de Código único de Processo Penal.

Havia uma necessidade premente da regularização da justiça penal, vez que a legislação processual penal podia, por mandamento constitucional da Carta de 1937 (art. 17 e 18, g), ser declarada pelos Estados, independentemente de autorização da União, nos casos de supressão das deficiências da legislação em vigor.

Com a decretação do Código Penal de 1940, urgia a elaboração da legislação penal processual única para fazer correspondência com o referido Código, coordenando, sistematicamente, as regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, atendendo, com isso, o disposto no parágrafo único do art. 18 da Constituição de 1937. Na própria exposição de motivos, resta evidente que o projeto não alteraria o direito atual, mas traria inovações necessá-

rias à aplicação do novo Código Penal e as orientações para corrigir “imperfeições apontadas pela experiência, dirimir incertezas da jurisprudência ou evitar ensejo à versatilidade dos exegetas.

Dentre as inovações introduzidas, houve breve explanação a respeito da Ação Penal, esclarecendo que: “V – (...) É devidamente regulada a formalidade da representação, de que depende em certos casos, na conformidade do novo Código Penal, a iniciativa do Ministério Público.” Com a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (DL 3.931), fica determinado no art. 5º que “se tiver sido intentada ação pública por crime que segundo o Código Penal, só admite ação privada, esta, salvo decadência intercorrente, poderá prosseguir nos autos daquela, desde que a parte legítima para intentá-la ratifique os atos realizados e promova o andamento do processo”.

Resta indiscutível que o legislador, respeitando e aderindo o espírito do Código, procurou explicitar a questão da legitimidade de propositura da ação penal privada, vez que, como já visto, era de ação penal pública nos casos de vítima pobre, gerando, possivelmente, incertezas quanto a vontade da vítima de propugnar em juízo, nos casos de crimes contra os costumes. Evidentemente, como não havia qualquer formalidade exigida para que o Ministério Público propusesse a ação penal nos casos de vítima pobre, problemas ocorriam gerando insegurança jurídica. Tanto é patente a problemática que a opção do legislador foi a de exigência de ratificação, pela parte legítima, nos casos de ação penal pri-

vada intentada por pública, de todos os atos realizados, bem como a promoção do andamento do processo, ainda que pudessem permanecer nos mesmos autos.

O CPP, no art. 32, determina: “Nos crimes de ação privada, o juiz, a requerimento da parte que comprovar a sua pobreza, nomeará advogado para promover a ação penal.”

Tanto o CP de 1940, quanto o CPP de 1941, entraram em vigor no dia 1º de janeiro de 1942, revogando as disposições em contrário, segundo a norma contida no art. 16 da Lei de Introdução ao CPP de 1941 e art. 27 da Lei de Introdução ao CP de 1940. Diante desta observação, conclui-se que não há dúvida de ter sido o CPP de 1941 elaborado para sistematizar adequadamente e corrigir as possíveis antinomias em relação ao Código Penal de 1940, vez que a ideia era a de ajustamento e adequação da legislação penal substantiva e adjetiva brasileiras. O inciso I, § 1º c/c § 2º do art. 225 do CP de 1940, era um dos casos que necessitavam de correção. Como forma de ratificar o alegado, em 05.02.1950, é decretada a Lei 1060, com o fito de estabelecer normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, esclarecendo, no parágrafo único do art. 2º, quem são as pessoas consideradas necessitadas para fins legais.

Para corroborar ainda mais com as alegações ora apresentadas, a LC 478, de 18.07.1986, Lei Orgânica da PGE, no artigo 3º, II, c, declara ser de sua atribuição a Assistência Judiciária, tanto na esfera cível quanto na criminal. Foi na Constituição de 1988 que o MP teve ampliado as suas funções, transformando-o em defensor da sociedade e passando a ser considerado, bem como a Defensoria Pública, instituição essencial à Justiça. Vale dizer que, com a atual Carta Constitucional, o legislador determinou ser a ação penal pública privativa do MP, vez que até então não era.

Com o intuito de corrigir a antinomia existente entre o CPP/1941 e a CF/1988, a Lei 11.719/2008, confere nova redação ao art. 257 do CPP, afirmando, em consonância ao disposto na norma constitucional, que a ação penal pública é privativa do MP, diferente da redação anterior que não mencionava essa privatividade.

Até o advento da Constituição de 1988, os representantes do MP eram as únicas autoridades que representavam o Estado Administração nas ações em nome da sociedade; ainda não havia a figura do defensor público, vez que o “pensar” nos menos favorecidos foi paulatinamente surgindo no direito brasileiro com as mudanças da sociedade brasileira. Assim, a figura do defensor público surge em 1988 para tutelar, como norma constitucional, os interesses dos mais carentes. Tanto o Ministério Público quanto a Defensoria Pública exercem funções que contribuem para a boa administração da Jus-

tiça e representam, nos ditames da Constituição Federal, o Estado-Administração.

A recepção de uma lei infraconstitucional tem seu limite traçado na *compatibilidade* com a Constituição Federal. Somente ocorre a recepção das normas do ordenamento infraconstitucional que sejam compatíveis com a Constituição. Havendo uma norma infraconstitucional incompatível com a norma constitucional ou de igual teor, considera-se aquela uma norma sem eficácia e validade e que portanto, inconstitucional, pois a Constituição Federal representa o limite ao “poder” e a “vontade” do legislador de forma escrita e rígida constituindo, assim, o Estado Democrático de Direito, que quer dizer uma lei com conteúdo de justiça e não mera vontade arbitrária do legislador.

Portanto, a carga axiológica que levou o legislador de 1890 a cuidar dos crimes sexuais como de iniciativa privada excetuando os casos de vítima pobre, é a mesma acompanhada pelo legislador de 1932 (Consolidação das Leis Penais), pelo de 1940 (CP), pelo de 1941 (CPP) e pelo constituinte de 1988 (CF). O CPP de 1941, que trata especificamente das vítimas pobres quando se tratar de ação penal privada, cabendo ao juiz nomear um advogado (art. 32, CPP), é posterior ao CP de 1940, embora ambos tenham entrado em vigor na mesma data e revogando as disposições em contrário, arts. 360 e 361 do CP/40 e art. 810 e 811 do CPP/41.

Para aplicação aos processos que estavam em curso, anteriores a data de 1º de janeiro de 1942, obedeceu-se ao DL 3.931, de 11.12.41 — critério cronológico para solução de conflitos e antinomias: art. 2º, da LICC. A CF de 1988, que determina ser a Defensoria Pública parte legítima para defender os menos privilegiados e caber ao MP, privativamente, a ação pública, apresenta o critério hierárquico (e cronológico): art. 2º, da LICC.

Assim, não nos parece coerente a assertiva de que foi “opção do legislador ao excepcionar a regra geral contida no artigo 32 do Código de Processo Penal e possibilitar a disponibilidade da ação penal, tão-somente, até o oferecimento da denúncia” (Ementa do RHC 88143/RJ: rel. min. Joaquim Barbosa, STF). A um porque o legislador de 1940 não poderia ter opinado frente a inexistência do art. 32 do CPP que é de 1941 (posterior). A dois, e respeitosamente, porque tal interpretação carece de embasamento científico, isto é, dizer que foi opção do legislador, pura e simplesmente, demonstra apenas uma opinião pessoal e não ordenada e sistematizada dentro de uma unidade dialética. Não há critérios lógicos ou científicos. Ao contrário, coloca a Instituição do MP numa posição hierarquicamente superior a da Defensoria Pública, apresentando com isso uma “visão” equivocada, arbitrária e incons-

titucional. Cada uma destas instituições possui suas funções normatizadas pela própria Constituição Federal.

Outra questão que a nosso ver deve ser totalmente desconsiderada é “(..) a escolha pelo Ministério Público para a promoção da ação, demonstra opção do legislador pelo órgão que é mais conveniente para tal, posto que, deste modo, a ação torna-se pública, portanto indisponível após o oferecimento da denúncia, insuscetível de perdão ou abandono da causa, além de manter a pessoa ofendida com a prerrogativa de julgar a respeito da propositura ou não da ação penal” (HC 64.250/SP; rel. des. conv. Jane Silva, STJ).

Achar mais conveniente ser a ação pública no caso de vítima pobre, apresentando como fundamentos que assim ficará indisponível a ação após o oferecimento da denúncia, bem como insuscetível de perdão ou abandono de causa, foge da carga axiológica que se apresenta a questão, isto é, a pobreza da vítima nestes casos. Se assim fosse, “quem pode pagar um advogado para a propositura da queixa-crime pode desistir da ação e não possui um defensor adequado ou mais conveniente para tal” — leia-se “inconveniente”? —, enquanto aquele que não pode pagar, deve ficar sem qualquer liberdade nos casos de crimes onde são atingidas questões de foro íntimo. Em contrapartida, para estes últimos, a defesa é mais “conveniente”.

Não há qualquer fundamento lógico, científico ou legal. Ao contrário, fere inclusive o princípio da isonomia assegurado em cláusula pétrea, sem mencionar, mais uma vez, uma predisposição de erigir o MP a um poder hierárquico não conforme ao disposto pela própria CF. A interpretação científica e jurídica deve ser dotada de conteúdo ético, que significa aquilo que deve ser e de objetividade. Sendo assim, entende-se que a legitimidade para propor a ação penal nos crimes sexuais quando se tratar de vítimas menos afortunadas é da Defensoria Pública, regra esta determinada por preceito constitucional, art. 134 c/c art. 5º LXXIV, da CF/88.

NOTA

- (1) É de ser observado que até a Constituição Federal de 1988, a legitimidade para a ação pública também pertencia ao particular e não somente ao promotor público, embora tivesse o Código Penal de 1940, no art. 100, expressamente determinado acerca do tema, bem como a mesma intenção teve o Código de Processo Penal de 1941, avocando para si tais dispositivos no Título III, arts. 24 à 62. Ex. Constituição do Império, art. 179 “30”; art. 8º da Lei de 15 de outubro de 1827; art. 16 § 2º da Lei nº 2033 de 20 de setembro de 1871; art. 20 § 2º do Decreto 4824 de 22 de novembro de 1871; art. 52 do Decreto 848 de 11 de outubro de 1890; art. 1º, parágrafo único da Lei nº 628 de 28 de outubro de 1899 (neste havia o instituto da representação).

Carla Rahal Benedetti

Advogada criminalista, mestra e doutoranda em Direito Penal pela PUC/SP

CRIMES TRIBUTÁRIOS: CONSUMAÇÃO, PRESCRIÇÃO E A PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE Nº 3 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rogério Fernando Taffarello

CRIMES TRIBUTÁRIOS: CONSUMAÇÃO, PRESCRIÇÃO E A PROPOSTA DE SÚMULA VINCULANTE Nº 3 DO STF

É por todos sabido que, a partir do julgamento, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, do HC nº 81.611/DF⁽¹⁾, firmou-se a jurisprudência pátria no sentido da impossibilidade de instauração de ação penal ou mesmo de inquérito policial por suposta prática de crime material contra a ordem tributária enquanto não esgotada a via recursal administrativa, de que depende o lançamento definitivo do tributo. Tal compreensão, hoje cristalizada, representou significativo avanço na interpretação sistemática do ordenamento, dando efetividade ao imperativo de segurança jurídica reclamado pela constatação da relação de dependência existente entre as instâncias administrativa e penal⁽²⁾.

No entanto, importantes questões a respeito ainda demandam maior discussão com vistas a seu pleno esclarecimento, consoante demonstrado em recente artigo publicado neste *Boletim*.

Deveras, ao julgamento do supra-aludido *habeas corpus* sobreveio relevante controvérsia sobre se se tratava a constituição do crédito tributário de condição objetiva de punibilidade⁽⁴⁾, condição de procedibilidade da ação⁽⁵⁾ ou elemento normativo do tipo penal⁽⁶⁾. Atualmente, parece consolidar-se, com acerto, a última hipótese⁽⁷⁾, na medida em que supressão e redução de tributo são elementares típicas objetivas, e que somente se pode presumir — ressalve-se, ainda que de forma relativa — a certeza e liquidez do débito fiscal no momento de sua inscrição no cadastro da dívida ativa⁽⁸⁾.

Uma vez devidamente atribuída a impossibilidade em casos tais de instauração de inquérito policial ou ação penal ao fato de tratar-se de elemento normativo do tipo a supressão ou redução do tributo, emerge o problema, de crucial importância, acerca do momento consumativo do crime material contra a ordem tributária.

Nesse mister, há que se dizer, pouco ou nada resta a acrescentar ao artigo mencionado: ao contrário do entendimento predominante⁽⁹⁾, *data maxima venia*, o fato de supressão e redução do tributo integrarem a tipicidade objetiva não autoriza, absolutamente, a que se tenha aperfeiçoada a conduta delitiva apenas quando da conclusão do procedimento administrativo fiscal. Ora, o crime considera-se consumado “quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”, o que, no caso do crime material contra a ordem tributária, significa “suprimir ou reduzir [fraudulentamente] tributo, ou contribuição social e qualquer aces-

sório [...]”. Destarte, o delito se vê configurado no momento em que haja tributo devido como decorrência da conduta fraudulenta do agente voltada à sua redução ou supressão⁽¹²⁾, pelo que a superveniente instauração de procedimento administrativo fiscal, e tampouco sua conclusão, nenhuma relação guardam com a conformação típica da conduta em si.

Não seria razoável, evidentemente, que a consumação de um crime que afeta valor fundamental do Estado-administração — a ordem tributária — dependesse de comportamento positivo, lícito e necessário do agente estatal para o seu aperfeiçoamento. Não se supõe que a lavratura de auto de infração, a instauração de procedimento administrativo e todos os atos inerentes a seu desenrolar (defesa, decisão, recursos etc.) até correspondente decisão final possam estar contidos, surrealisticamente, num mesmo *iter criminis* iniciado com a conduta tendente a suprimir ou reduzir tributo e concluído com a inscrição do débito na dívida ativa. Deveras, a legislação tributária dispõe expressamente que “o lançamento reporta-se à ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada e revogada”⁽¹³⁾.

A conclusão a que necessariamente se chega é, com efeito, a de que o esgotamento da via administrativa em sede de crime contra a ordem tributária não se lia à consumação do delito, a qual a precede, mas à demonstração da materialidade delitiva. Trata-se, pois, o procedimento administrativo fiscal de matéria de prova, porquanto consubstancial ao corpo de delito; nada mais que isso⁽¹⁴⁾. Nessa medida, o feliz paralelo dos autores Janaína Paschoal e Jorge Paschoal com o crime de homicídio, de cuja natureza decorre a indispensabilidade do laudo pericial a atestar a materialidade delitiva⁽¹⁵⁾.

Como consequência, não há que se cogitar a hipótese de se estabelecer o início da contagem do prazo prescricional após o lançamento definitivo do tributo com o encerramento da via procedimental administrativa. Isso porque a lei é expressa em determinar que o prazo da prescrição da pretensão punitiva estatal deva ter como marco temporal inicial o “dia em que o crime se consumou”, não cabendo ao intérprete impor, em prejuízo da liberdade individual, marcos iniciais ou causas suspensivas de prescrição extraleais.

À parte a discussão sobre qual seria — e cremos seja essa — a melhor interpretação

do ordenamento, somente assim se podem prevenir, ademais, situações concretas absurdas como (i) o caso do indivíduo que, tendo respondido a processo carente de justa causa durante treze anos, após ordem de *habeas corpus* em seu favor, viu-se novamente denunciado pelo mesmo fato⁽¹⁷⁾; (ii) ou outro em que cidadãos foram submetidos a prisões temporárias e outros constrangimentos de natureza cautelar e seguem a responder processo sem que sequer se haja concluído procedimento administrativo, hipótese em que o provável reconhecimento futuro da nulidade da ação não excluiria que os mesmos delitos tributários fossem considerados consumados também em data futura e incerta — que passaria a ser, então, o marco inicial da prescrição.

Isso posto, cumpre atentar para fato de singular relevo: passados cerca de dois anos desde a elaboração, por sua Comissão de Jurisprudência, do respectivo texto preliminar, o Supremo Tribunal Federal fez publicar, aos 6 de março do corrente ano, Proposta de Súmula Vinculante (PSV) atinente ao tema que, aparentemente, e salvo melhor juízo, pode, pelas razões ora expostas, acarretar a perenização dessa indesejável controvérsia interpretativa.

Publicada, juntamente com outras propostas da mesma natureza, com o fim de ser submetida a consulta pública prévia à apreciação da Corte, dispõe a redação da PSV nº 3, sugestão nº 15: “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, antes do lançamento definitivo do tributo”. Como se vê, o enunciado proposto não logra deixar claro o momento consumativo próprio dos delitos em apreço, o que, embora não fosse *a priori* necessário para uma súmula vinculante, no caso específico tende a ensejar interpretações dúbias. Assim sendo, arrisca-se a não resolver a divergência que remanesce a respeito, ou, ainda, a resolvê-la equivocadamente, com consequências nefastas para com direitos fundamentais do cidadão e para a própria lógica e funcionalidade do ordenamento e de sua interpretação sistemática. Por essas razões, arrisca-se, ademais, à própria ineficácia relativa da eventual súmula, que, ao menos pela doutrina, certamente não deixará de ser contestada.

Ninguém ousa deixar de reconhecer o papel indubitavelmente relevante que tem sido prestado pela atual formação da Suprema Corte na salvaguarda de direitos fundamentais em matéria penal, e mesmo na interpretação do ordenamento penal infra-

constitucional — ligado que este é, em larga intensidade, à efetivação de direitos constitucionais fundamentais. Contudo, no que concerne à compreensão sobre o juízo de tipicidade e a consumação dos crimes materiais contra a ordem tributária, afigure-se-nos que o tema ainda reclama maior maturação antes de se estabelecer uma súmula vinculante, maturação essa que não deve tardar a ocorrer a partir de maiores contribuições doutrinárias e jurisprudenciais — inclusive, e sobretudo, desde o próprio Supremo Tribunal. Deveras, pelas razões acima referidas, a redação ora proposta não parece ser a ideal, e tampouco apta a pacificar o assunto.

NOTAS

- (1) Rel. min. **Sepúlveda Pertence**, j. 10.12.2003.
- (2) Sobre a unicidade do *ius puniendi* estatal, que requer coerência na atividade sancionadora do Estado tanto em âmbito administrativo quanto em âmbito penal (judicial), vale citar manifestação de **Helena Cláudio Fragozo**: “o crime de sonegação fiscal consiste em fraudar o pagamento de tributos devidos, envolvendo necessariamente um ilícito fiscal. O ilícito penal constitui um plus em relação a este, mas não pode subsistir sem ele” (apud: **AZEVEDO, David Teixeira**. “A representação penal e os crimes tributários: reflexões sobre o art. 83 da Lei 9430/96”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 19. São Paulo: RT, jul-set/2007, p. 112). Ainda a respeito, vide, com inúmeras remissões à

- doutrina nacional e estrangeira: **REALE JR., Miguel**. “Ilícito administrativo e o *ius puniendi* geral”, in: **PRADO, Luiz Regis**. *Direito Penal Contemporâneo – Estudos em Homenagem ao Prof. José Cerezo Mir*. São Paulo: RT, 2007, pp. 93-100.
- (3) **PASCHOAL, Janaina Conceição**; **PASCHOAL, Jorge Coutinho**. “A constituição do crédito tributário, a consumação do crime tributário e a extinção da punibilidade pela prescrição”. In: *Boletim IBCCRIM*, n. 194. São Paulo, jan/2009, p. 02.
- (4) STF, HC 81.611/DF (cit.). STF, HC 84.092/CE, rel. min. **Celso de Mello**, j. 22.06.2004; STF, HC 84.457/SP, rel. min. **Ellen Gracie**, j. 08.03.2005; STF, HC 85.038/SP, rel. min. **Joaquim Barbosa**, j. 19.04.2005.
- (5) STF, RHC 82.390/SP, rel. min. **Moreira Alves**, j. 11.05.2004; STF, HC 85.949/MS, rel. min. **Carmen Lucia**, j. 22.08.2006.
- (6) STF, HC 83.414/RS, rel. min. **Joaquim Barbosa**, j. 23.04.2004; STF, HC 84.455/RJ, rel. min. **Cezar Peluso**, j. 07.08.2007; indiciariamente, STF, HC 89.902/SP, rel. min. **Gilmar Mendes**, j. 18.09.2007.
- (7) STF, HC 81.321/SP, rel. min. **Cezar Peluso**, j. 04.12.2007; STF, HC 86.489/SP, rel. min. **Cezar Peluso**, j. 09.09.2008.
- (8) CTN, art. 204: “a dívida regularmente inscrita [no cadastro da dívida ativa] goza de presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.” *Idem*, parágrafo único: “a presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.”
- (9) “Se está pendente recurso administrativo que discute o débito tributário perante as autoridades fazendárias, ainda não há crime, porquanto ‘tributo’ é elemento normativo do tipo.” STF, HC 83.414/RS, rel. min. **Joaquim Barbosa** (cit.).
- (10) CP, art. 14, inc. I.
- (11) Lei 8.137/90, art. 1º. O mesmo se aplicaria, vale

- dizer, ao delito de descaminho, cuja descrição típica em muito se equivale: “iludir, no todo ou em parte, o pagamento de imposto devido [...]” (CP, art. 334, caput, segunda parte). Entretanto, a discussão sobre a natureza fiscal deste delito foge ao escopo do presente artigo.
- (12) **MACHADO, Hugo de Brito**. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 46.
- (13) CTN, art. 144.
- (14) Essa conclusão, que não é senão a idéia nuclear deste artigo, devo creditar ao professor **Miguel Reale Jr.**, com quem pude refletir a respeito em conversa informal havida em meados de maio do último ano.
- (15) “[...] a ação de matar alguém se deu no dia do disparo, a consumação no dia da morte e a constatação da materialidade delitiva na data do exame. Ou seja, o fato de a perícia atestar a morte vários dias após sua ocorrência não altera o dia em que se deu, ou consumou, o homicídio. Da mesma forma, o fato de o Fisco atestar a existência do tributo devido apenas quando da prolação da decisão administrativa definitiva não altera o momento da consumação do crime. A decisão definitiva funcionaria como um exame de corpo de delito (ainda assim, passível de revisão por ser unilateral).” *Op. cit.*, p. 02.
- (16) CP, art. 111, inc. I.
- (17) **PASCHOAL, Janaina Conceição**; **PASCHOAL, Jorge Coutinho**. *Op. cit.*, p. 02.
- (18) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaPropostaSumulaVinculante>>. Acesso em: 15/03/2009.

Rogério Fernando Taffarello

Advogado criminalista e mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo

REFLEXÕES ACERCA DO LAUDO PERICIAL ASSINADO POR UM SÓ PERITO: MUDANÇAS NA CONTRAMÃO DA TÉCNICA

Velocino Camargo Neto

Não foram poucas as ocasiões, na história de nosso processo penal, em que o debate sobre o número de peritos oficiais a firmarem o laudo pericial se estabeleceu.

À época da edição do Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, a questão ficou assim disciplinada: “os exames de corpo de delito e as outras perícias serão em regra feitos por peritos oficiais” (art. 159, caput).

Tal disposição foi objeto de muitas divergências interpretativas. Para alguns, a locução “peritos oficiais” não deixava margens para dúvidas: impunha que todas as perícias fossem efetivamente realizadas por mais de um perito oficial. Outros, entretanto, levando em consideração a acanhada estrutura dos órgãos policiais, passaram a advogar o entendimento de que a expressão “peritos oficiais” teria apenas efeito de enunciação genérica, sem qualquer comprometimento a uma vinculação de efeito numérico.

Nesse contexto de discussão, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento pelo viés quantitativo da expressão legal, que por sua vez ficou sedimentado pela

edição da Súmula 361, em 16-12-1963, com a seguinte redação: “No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão.”

Porém, com o passar do tempo, sem revogar a Súmula 361, a Corte Suprema foi mudando seu posicionamento a respeito do assunto. Passou a entender que a súmula 361 se aplicava apenas a peritos não-oficiais e que o laudo expedido por órgão da administração poderia ser subscrito por apenas um perito, sem a mácula do nulo (por todos, ver HC 71.531/SC)⁽¹⁾. Esta mudança de entendimento decorreu de sintomática influência de natureza política, ante a falta de estrutura dos órgãos policiais.

Mas, em 1994, o legislador ordinário promoveu a primeira reforma nessa seara, agora reavivando o entendimento pretérito da indispensabilidade de dois peritos oficiais a subscreverem o laudo: “Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais” (grifei).

Todavia, como era de se esperar, nesses quatorze anos de vigência da lei os órgãos

oficiais de perícia não lograram atingir estrutura compatível com os anseios do legislador. Devemos também observar que, nesse período, os órgãos periciais passaram a desempenhar tarefas que até então eram impossíveis de se imaginar face ao dinamismo da tecnologia e ao emprego desses conhecimentos nas ciências forenses. Estamos falando aqui de uma ampliação de frentes de trabalho que não dispúnhamos nas décadas passadas. Áreas como a de perícias relacionadas aos crimes contra o meio-ambiente, delitos envolvendo o emprego de computadores portáteis e ação de hackers no ambiente web, perícias para identificação de falantes com suporte em mídias digitais ou analógicas, e, por último, toda a expansão no campo da genética a ensejar precisos exames de identificação humana a partir de pequenas evidências biológicas. Soma-se a isso toda a extensão territorial brasileira e o crescente número de feitos investigatórios policiais.

Diante dessa realidade, vários laudos continuaram a ser subscritos por apenas um perito. Ou, então, não necessariamente os

dois peritos realizavam conjuntamente o exame pericial: um deles apenas avalizava o conteúdo descritivo-conclusivo a que chegara o relator.

E, como era de se esperar, face à clareza da lei, os laudos assinados por apenas um perito passaram a ser fulminados por nulidade.

Agora, porém, com a edição da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008⁽²⁾, e certamente com o intuito de imprimir celeridade na elaboração dos laudos periciais e contornar as falhas estruturais dos institutos de perícia, não mais será exigida a intervenção de dois peritos na formalização da peça técnica: um único experto bastará.

Já há doutrinador entendendo que esta mudança reduziu o espectro de garantias (Giacomolli: 2008, p. 51)⁽³⁾. Porém, em que pese a nova orientação processual, tenho recolhido dentre colegas de inúmeros estados que a *praxis* pericial na área da criminalística não será alterada, ou seja, independente do fato de não mais exigir-se dois peritos a subscreverem o laudo, os exames continuarão a ser assinados por dois expertos. Não são poucas as ocasiões, e digo isso por experiência própria, em que o segundo perito alerta o relator sobre algumas alte-

rações necessárias no laudo pericial. Não deixa de ser, a meu sentir, uma espécie de contraditório técnico-científico que se trava no momento da elaboração do laudo. O segundo perito analisa com olhos críticos o exame levado a efeito pelo relator. Segue os passos de sua técnica e lógica fazendo autêntica reconstrução mental do fato, apontando as incongruências que encontrar. Depois, após o debate entre ambos, ajusta-se a peça técnica à convergência das conclusões. Suspeito que a exclusão do segundo perito fragilizará a prova. Os institutos de perícias que, então, optarem por se ajustar à nova disposição processual deverão investir muito mais em mecanismos internos de controle técnico e de educação continuada para manterem a qualidade de seus trabalhos. Todavia, a própria lei observa que, tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial (art. 159, § 7º). Porém, o que torna uma perícia complexa não é somente o fato de exigir-se conhecimento científico múltiplo para o esgotamento das possibilidades de análise do objeto indigitado. Uma única perícia

gráfica ou de balística, por exemplo, e que a rigor demanda conhecimento de apenas uma área especializada, pode ser tão ou mais complexa que uma perícia de local de incêndio ou de explosão. A situação em si de cada perícia é que determina o grau de sua complexidade.

NOTAS

- (1) Exame de corpo de delito: perito único, mas oficial: validade do laudo, segundo a jurisprudência do STF, firmada, malgrado a Súmula 361, à luz do direito anterior a Lei 8.862/94: questão, de qualquer forma, sem pertinência com a espécie. 1. Embora sem cancelar formalmente a Súmula 361, mas contra a orientação dos acórdãos que a embasaram, a jurisprudência do STF se firmara em restringir o alcance da nulidade nela declarada à hipótese do laudo firmado por perito único não oficial. (...)
- (2) HC 38.130; HC 38.633; HC 38.966; HC 39.290.
- (3) GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

Velocino Camargo Neto

Perito criminal (IGP/RS), graduado em Engenharia Mecânica (PUCRS) e em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS), professor de Criminalística nos cursos de carreiras policiais e de peritos, e mestrando em Ciências Criminais (PUCRS)

DIREITO À MORTE, DIREITO AO LUTO

Debora Diniz e Tatiana Lionço

Com os avanços técnicos da biomedicina, a morte passou a ser um estágio indefinido. Isso não significa que a técnica tenha superado o caráter inelutável da morte, mas que as intervenções médicas envolvem mecanismos de adiamento da morte, bem como estratégias para a sua reversão, em casos em que a reanimação é viável. Um novo estágio da existência foi estabelecido entre a fronteira antes nítida da vida e da morte — a sobrevida sob intensa medicalização. A questão ética que se coloca é a das condições instauradas pela tentativa de retardamento temporal da morte e da manutenção da sobrevida. A manutenção artificial da vida humana, em condições em que a morte está não apenas anunciada, mas expressa física e simbolicamente no estado precário e agonizante em que a pessoa em sobrevida se encontra, requer uma reflexão sobre as condições lançadas pela intervenção médica a partir de princípios éticos da cultura dos direitos humanos.

O caso da italiana Eluana Englaro é emblemático para a afirmação do direito à morte e do direito ao luto em situações em que o princípio da dignidade humana é violado em favor da manutenção indeterminada da sobrevida em hospitais. Eluana sofreu um acidente de carro aos 21 anos e viveu 17 anos em coma sob cuidados médicos permanentes para se manter viva. Du-

rante 12 anos, seu pai lutou na justiça italiana em busca de autorização para deixá-la morrer. Segundo ele, essa era a vontade expressa de Eluana antes de sofrer o acidente. Eluana havia presenciado a situação de um colega que se mantinha vivo com a ajuda de aparelhos. Solicitara ao pai que nunca permitisse que o mesmo ocorresse a ela. As últimas semanas que antecederam a sua morte foram de intensa controvérsia na sociedade italiana, em especial com a Igreja Católica, cuja posição era de radical oposição a deixá-la morrer. Um dos principais legados da história de Eluana foi ter acendido o debate em países católicos sobre os limites da medicalização e o direito de morrer.

É um equívoco descrever a morte de Eluana como eutanásia. Eutanásia é um ato médico que provoca a morte de uma pessoa pelo uso de medicamentos, sendo a injeção de potássio o recurso mais comum. A pessoa não está agonizante ou em estado vegetativo, mas em estágios avançados de uma doença. Em geral, os casos de eutanásia ocorrem após a certeza de um diagnóstico de doença letal e degenerativa, mas em um momento em que a pessoa se encontra lúcida para a tomada de decisões. A eutanásia é proibida em quase todos os países, sendo a Holanda e a Bélgica raras exceções. Muitos casos de eutanásia na Holan-

da são de idosos que apresentaram os sintomas intermediários da doença de Alzheimer: são pessoas que vivem sob a certeza do prognóstico da demência total, mas ainda estão lúcidas para a tomada de decisão, por isso decidem autonomamente sobre as intervenções médicas que não querem que lhes sejam aplicadas.

Eluana não morreu por eutanásia médica. Simplesmente foi retirado de sua rotina de cuidados aquilo que a mantinha em sobrevida. Sua sobrevida era sustentada na aplicação de intervenções como alimentação e hidratação. Há quem defina o processo de não intervir medicamente para a garantia da sobrevida como “eutanásia passiva”. Na América Latina, a decisão da Corte colombiana autorizando a eutanásia passiva em 1998 foi um marco no debate internacional. O adjetivo “passivo” indicaria que não se provoca diretamente a morte, apenas se retiram medicamentos, alimentos ou hidratação. Há uma expectativa moral de que a morte simplesmente tenha seguido seu curso natural, afastando-se o excesso de tecnologia do corpo agonizante. A fronteira entre eutanásia passiva e ativa é tênue, mas a diferenciação oferece conforto aos teólogos, médicos e enfermeiros envolvidos na tomada de decisão sobre a morte. É nessa redescoberta moral que se entende a morte

de Eluana como natural — foi dado a ela o direito de morrer. Renunciou-se ao retardamento da morte anunciada.

O avanço da tecnologia médica tornou a morte um fato indeterminado na vida de uma pessoa. É possível estender a sobrevivência por longos períodos, e Eluana é um exemplo disso. Quase metade de sua existência foi vivida sob a vigilância de aparelhos. Ao retardar a inevitabilidade da morte, tornando-a temporariamente indeterminada, a intervenção médica passou a ser determinante e qualificadora da vida que Eluana passou a ter: uma sobrevivência. Sobrevivente à morte, mas não dispondo efetivamente da vida. Esse jogo simbólico que aproxima as fronteiras entre o sentido da existência e a negação da morte é agonizante não apenas para quem espera a morte, mas para quem cuida do sujeito sobrevivente à tecnologia médica. Na verdade, a tecnologia médica capaz de manter uma pessoa em estado permanente de sobrevivência desafia a fronteira entre o que é estar vivo e a morte. Os avanços nas técnicas de sustentação artificial da vida acabaram por criar um novo estágio da existência humana — a sobrevivência sob intensa medicalização.

Esse é um campo delicado de sutilezas morais onde os conceitos importam para descrever os fenômenos sociais. Fala-se em direito de morrer, eutanásia passiva e ativa, suicídio assistido e recusa de tratamento, variações linguísticas de um mesmo ato: o enfrentamento do momento da morte. A soberania médica e tecnológica foi desafiada nessa questão. A resposta não está mais no que pensam os médicos sobre o curso de uma doença ou o seu prognóstico. Em muitos casos, o desafio não é técnico, mas essencialmente ético, até mesmo porque não há mais nada a oferecer à pessoa doente. A sobrevivência permanente em um hospital não pode ser confundida com o uso de recursos médicos para a recuperação da saúde. A sentença de confinamento hospitalar não é uma opção de tratamento, mas um estado permanente de isolamento que impede a morte. Cada pessoa, na intimidade de suas escolhas e convicções, passa a reclamar o direito de morrer como uma extensão de sua forma de estar no mundo. A morte torna-se um processo pensado e planejado, por isso crescem iniciativas de formalização de testamentos vitais.

Eluana não havia deixado um testamento vital, um documento onde teria antecipado como desejaria morrer e sob que circunstâncias gostaria que lhe fossem retirados tratamentos ou mecanismos de sustentação da vida. Na ausência da vontade expressa de Eluana, seus pais a representavam, em especial após quase duas décadas de cuidados hospitalares e espera por sinais de recuperação. No entanto, a contro-

vérsia pública lançada pela Igreja Católica na Itália colocou o pai de Eluana no banco dos réus: de alguém que representava sua vontade, protegia seu bem-estar e dignidade, ele passou a um potencial homicida de uma filha vulnerável. Acusado de querer a morte da filha, o pai de Eluana desafiou o tabu da morte, assumindo publicamente que a sobrevivência de sua filha não poderia se caracterizar como uma vida digna. Esse é um julgamento essencialmente ético sobre o sentido da existência humana que se, por um lado, não pode ser imposto como um dever à sobrevivência, por outro, não pode ser entendido como uma obrigatoriedade de morte a todos que se encontrem na condição de Eluana. O que se reclama aqui é a singularidade da existência, o direito de escolha de cada pessoa diante de uma experiência também única que é a morte.

Se, por um lado, o excesso de medicalização acende o tema do direito de morrer, por outro, também provoca o debate sobre o direito das famílias ao luto. O pai de Eluana representava esse segundo lado da questão. A família de Eluana foi forçada a viver uma melancolia prolongada, uma espera permanente e indefinida pela morte efetiva da filha. A morte foi suspensa pela tecnologia médica, mas não foi oferecida a alegria da recuperação. Driblou-se a morte, sem que a vida tenha sido restituída. O pai de Eluana, por 17 anos, conviveu com o impacto da perda da filha: ela se mantinha já não em vida, morrendo ininterruptamente por quase duas décadas. O luto, operação psíquica complexa de elaboração da perda de um objeto de amor pela sua incorporação por aquele que sofre, não era passível de realização. Impossível tornar a filha passada, memória, uma lembrança, parte de si mesmo: ela permanecia presente, sem vida, mas ainda não morta. A família de Eluana esteve condenada à melancolia diante do corpo agonizante, porém em sobrevivência. Eluana não estava morta tampouco viva. Por isso, associado ao direito de morrer de Eluana, estava o direito ao luto da família.

Afirmar o direito ao luto não é um eufemismo para autorizar o homicídio de pessoas vulneráveis ou doentes em nome da compaixão pelo sofrimento. O pedido do pai de Eluana para que a deixassem morrer não deve ser entendido como um ato desesperado de cansaço pela espera de 17 anos sem recuperação da filha. A morte é um fim inexorável à existência humana, e reconhecê-la como uma sentença é um ato de dignidade para quem sofre e para quem cuida. Não é por acaso que muitos teólogos católicos que defendem o direito de morrer livre da tortura da medicalização insistem que eutanásia não deve ser um crime, mas um ato de proteção para a *boa morte*. Há quem entenda que, ao morrer em casa, o Papa João Pau-

lo II seguiu essa tradição da *boa morte*, e que é fundamental para a dignidade humana poder decidir sobre condições em que se quer morrer, dado o anúncio da morte, ou estabelecer condições em que não se quer forçadamente manter-se em sobrevivência.

A idéia de *boa morte* não necessita ser um valor compartilhado socialmente. O adjetivo não representa um qualificador sobre qualidade de vida, mas é fruto de uma avaliação ética individual sobre como se deseja morrer. Não há um sentido de ética pública nesse julgamento moral, sendo apenas um reconhecimento de que a morte é tema de ética privada. Certamente há pessoas que nas mesmas condições de Eluana desejariam manter-se em sobrevivência permanente e a riqueza da ética é exatamente a convivência plural entre escolhas e sentidos. Assim, as circunstâncias nas quais a morte deve ser julgada como *boa morte* não é um ato médico, mas uma avaliação ética sobre o sentido da existência humana. Não há uma resposta única para esse desafio lançado pelo avanço biomédico, por isso teses polarizadas e extremas como as lançadas pela Igreja Católica na Itália negam a própria condição de possibilidade do exercício democrático — o pluralismo moral.

O final da peregrinação judicial do pai de Eluana pelo direito de morrer fechou um ciclo doloroso de negociações. Primeiro, contra a medicalização sem sentido. Não havia mais recursos médicos para retirar Eluana do estágio de sobrevivente agonizante, e os tratamentos médicos apenas mantinham seu corpo funcionando à espera da morte: ela pesava 40 quilos, e seu corpo apresentava diversas lesões. Segundo, contra o tabu da morte. Durante 12 anos, ele percorreu tribunais e equipes médicas à procura de autorização para a recusa de tratamentos. A subordinação do pai de Eluana à legalidade não deve ser subestimada, pois representa o verdadeiro desafio moral — escolher a morte pode ser um direito. Por fim, ele foi forçado a redefinir-se perante as acusações de que desejaria matar sua filha. O pai de Eluana demonstrou que a morte pode ser um ato de cuidado para quem sofre e para quem cuida. Junto ao direito de morrer da filha, ele reclamou o seu direito ao luto: queria dar à filha, ainda em vida, a concretização de um desejo que lhe resgatou a voz calada havia 17 anos no silêncio do coma. Ele queria estar livre da melancolia da espera.

Debora Diniz

Antropóloga. Pesquisadora da organização não-governamental Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero

Tatiana Lionço

Psicóloga. Pesquisadora da organização não-governamental Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero

A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E OS EFEITOS DA LIMINAR DA ADPF N. 130: IMPORTÂNCIA E LIMITES DA MÍDIA.

Renata Jardim da Cunha Rieger e Rafael Camparra Pinheiro

“A imprensa deve ser livre, para que tenha força; deve ser responsável, para que respeite os direitos alheios.”

Ênio Zuliani (desembargador do TJSP)

Vive-se, atualmente, na chamada *sociedade de informação*. Nesta, a mídia tem um papel importante e, como é salutar, goza de diversas garantias. Dentre elas, estão a liberdade de manifestação do pensamento, a de expressão e a de acesso à informação⁽¹⁾. Mais, atualmente, ninguém contesta que a liberdade de imprensa se constitui em um dos mais importantes instrumentos para o controle do poder⁽²⁾.

Diante disso, muito se tem discutido sobre restrições à liberdade de expressão e sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei de Imprensa.

Como é cediço, no dia 21 de fevereiro de 2008, o ministro **Carlos Ayres Britto**, com base no art. 5º, § 3º, da Lei 9.882/99, deferiu parcialmente a liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental⁽³⁾ n. 130, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Nesta decisão, determinou que juízes e tribunais suspendessem o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais ou de quaisquer outras medidas que verssem sobre alguns dispositivos da questionada Lei de Imprensa.

Uma semana depois, o Tribunal Pleno referendou a liminar, para o efeito de suspender a vigência da expressão *“a espetáculos de diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem”*, contida na parte inicial do § 2º do artigo 1º; da íntegra dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 65; da expressão *“e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa”*, constante da parte final do artigo 56; dos §§ 3º e 6º do artigo 57; dos §§ 1º e 2º do artigo 60; da íntegra dos artigos 61, 62, 63 e 64; dos artigos 20, 21, 22 e 23; e dos artigos 51 e 52, todos da Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

Com o advento desta decisão, doutrina e jurisprudência passaram a discutir se os dispositivos da lei e os processos estariam suspensos — como determinara o ministro relator — ou se apenas aqueles estariam. Em outras palavras, debatia-se se o afastamento da lei especial (Lei de Imprensa) possibilitaria a aplicação da lei geral (Código Penal e Civil) aos profissionais da mídia.

Quando a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, decidiu-se que a liminar suspendia apenas alguns dispositivos da

lei, não estando os juízes e tribunais impedidos de aplicar, se possível, as normas do Código Civil e do Código Penal: Inquérito 2.705 e Reclamação 6.064.

Parece acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal, na medida em que se afastou a ideia de irresponsabilidade civil e criminal dos profissionais da mídia no período em que estiverem suspensos os dispositivos da Lei de Imprensa.

As liberdades da mídia, sabe-se, não são absolutas e não podem ser tratadas como tais. Suas funções devem, sempre, ser exercidas com as devidas cautelas. Isso implica, dentre outros aspectos, primar por *“notícias e não por criação de fatos jornalísticos espetaculosos; divulgação de fatos por seu interesse social e informativo e não por interesse de alguém, grupo ou classe, visando a atingir interesse X ou Y; uso de idéias e termos corretos com esclarecimento à população”*.

Em outras palavras, a mídia é livre, sim, mas esta liberdade — como qualquer outra — tem limites. A liberdade de imprensa, como bem destacou o desembargador **Sylvio Baptista Neto**, *“não é um valor absoluto e, portanto, não implica a impossibilidade de responsabilização daquele que pratica eventual abuso”*: TJRS, Apelação Crime nº 70012235826, 7ª Câmara Criminal, rel.: **Sylvio Baptista Neto**, j. em 27/10/05⁽⁵⁾.

Importante, ainda, rememorar que a sociedade atual — comunicacional por essência — vivencia um estágio globalizado de maximização de riscos e, por conseguinte, de maximização também das infrações ao ordenamento jurídico, decorrências inevitáveis dos contatos sociais na sociedade pós-moderna⁽⁶⁾.

O Estado, ao contrário, vê-se minimizado em sua força repressiva e, sobretudo, em sua função de promotor de bem estar social, seja através de educação, de pleno emprego, de saúde pública, seja por meio de uma eficaz solução dos conflitos jurídicos a ele apresentados diariamente⁽⁷⁾.

Nesse contexto, a mídia acaba por assumir um papel central e por promover também uma exposição pública das deficiências estatais, clamando por iniciativas capazes de alavancar um desenvolvimento

social sustentável e confiável (não é exagero dizer que se vivencia o período da *Idade Mídia*: em busca de altos índices de audiência, os programas televisivos — em rede nacional ou regional — apelam a notícias sensacionalistas capazes de gerar uma certa noção de instabilidade estrutural estatal, invariavelmente voltada para a *necessária atuação repressiva* nos moldes da *Lei e Ordem* e da *Tolerância Zero* norte-americanos⁽⁸⁾).

Já surgiram, sabe-se, vozes em defesa desse amplo direito à informação (direito este de dupla abrangência: direito de os meios de comunicação formais — e informais — prestarem informação e direito de os cidadãos se informarem), como axioma próprio dos direitos fundamentais. Vozes nesse sentido, salienta-se, são sempre bem-vindas, desde que, é claro, bem se especifique que espécie de direito fundamental se está a reivindicar.

Todo direito humano, na sociedade contemporânea — mormente nos Estados Democráticos e Sociais de Direito —, é pautado pela limitação e pela ponderação nos casos — inafastáveis e inevitáveis — de colisão de interesses/direitos/bens jurídicos. O direito à informação, bem como o direito a recebê-la, por certo, não fogem à regra, devendo-se respeitar nos casos concretos e particulares os microsistemas envolvidos no debate (ou na notícia que se quer veicular), mitigando-se sobremodo o pólo mais ofensivo e de somenos importância, de acordo com as máximas universais da proporcionalidade⁽⁹⁾ e da razoabilidade⁽¹⁰⁾, como cediço nos modelos constitucionalistas avançados e modernos.

Desrespeitar os mencionados postulados significa subjugar o imenso rol de direitos humanos (de primeira, segunda e terceira gerações) ao direito amplo e irrestrito de informação.

E, para dimensionar os danos de tal postura, basta lembrar o famoso caso da Escola Base, ocorrido em São Paulo, quando donos de uma creche acusados de abusar sexualmente de seus alunos, após estrepitoso escândalo noticiado, tiveram a escola e a casa alvejadas com pedras e a própria

Todo direito humano, na sociedade contemporânea — mormente nos Estados Democráticos e Sociais de Direito —, é pautado pela limitação e pela ponderação nos casos — inafastáveis e inevitáveis — de colisão de interesses/direitos/bens jurídicos.

vida ameaçada. Mais, durante meses, foram moralmente linchados pelos jornais. Ao final das investigações, chegou-se à conclusão de que nada do que estava sendo apurado era verídico e o inquérito foi arquivado⁽¹¹⁾.

E, infelizmente, são comuns tais injustiças quando os profissionais da imprensa extrapolam sua liberdade de manifestação e expressão, tomando partido, julgando e condenando pessoas.

Enfim, assim como não se pretende — nem se defende — a alienação popular, evidentemente não se deve primar pela absolutização da informação; assim como não se pretende uma imprensa calada e vinculada, não merecem aplausos os discursos instigantes de um poder paralelo. Mais: assim como se promovem o processamento e o julgamento daqueles que invadem e usurpam bens jurídicos/direitos/interesses alheios, deve-se promover, de igual modo, a responsabilização daqueles que invadem intimidade/honra/vida privada de outrem, nos exatos moldes preconizados pela democracia responsável, legítima e constitucionalista.

Assim como todo e qualquer abuso deve ser reprimido (aliás, como a própria imprensa cobra, com ênfase e legitimidade, das autoridades responsáveis), também o excesso da informação deve ser combatido de forma não menos enfática, sob pena de indesejável incoerência sistêmica, desastrosa no contexto tecnocolonizado.

Assim como não se pretende — nem se defende — a alienação popular, evidentemente não se deve primar pela absolutização da informação; assim como não se pretende uma imprensa calada e vinculada, não merecem aplausos os discursos instigantes de um poder paralelo.

Por todos esses elementos, reitera-se, pareceu acertada e pertinente a leitura sistêmica operada pelo Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer os limites dos direitos de imprensa e estabelecer efeitos restritos à liminar da ADPF n. 130. Entendimento diverso consagraria, mesmo que temporariamente, a irresponsabilidade dos profissionais da mídia, bem como excessivo e injustificado poder da imprensa.

NOTAS

- (1) **POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila.** “Mídia, Direito Penal e Garantias. In: **GAUER, Ruth M. Chittó** (org.). *Criminologia e Sistema Jurídico-Penais Contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. pp. 359-376, pp. 360/361.
- (2) **GOMES, Luiz Flávio.** “Liberdade de imprensa, investigação criminal e respeito à pessoa”, *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 58, E.Esp., p. 03, set. 1997.
- (3) Trata-se de ação subsidiária de controle de constitucionalidade abstrato. Tem por fim levar à análise da Corte o debate acerca de inconstitucionalidades/constitucionalidades não analisáveis pelos demais institutos positivados de jurisdição constitucional concentrada, tais como alegações de inconstitucionalidade de lei municipal, constitucionalidade de lei estadual, matéria ordinária pré-constitucional (como no caso em tela) etc., desde que não exista outro meio eficaz de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Conforme explica **José Afonso da Silva**, trata-se de um instrumento semelhante ao *Verfassungsbeschwerde* do direito alemão (espécie de *agravo de constitucionalidade*), uma vez permitir a submissão, ao órgão de controle competente, de toda forma de interpretação constitucional sistêmica. **AFONSO DA SILVA, José.** *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 563.
- (4) **POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila.** “Mídia, Direito Penal e Garantias. In: **GAUER, Ruth M. Chittó** (org.). *Criminologia e Sistema Jurídico-Penais Con-*

temporâneos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008. pp. 359-376, p. 370.

- (5) No mesmo sentido, conferir: STJ, REsp. 783139, 4ª Turma, rel. **Massami Uyeda**, j. em 11/12/07; STJ, Apn 388, Corte Especial, rel. **Hamilton Carvalhido**, j. em 15/6/05; TJDF, Apel. Crim. 20070110343872APC, 1ª Turma Cível, rel. **Nívio Geraldo Gonçalves**, j. em 13/08/2008, DJ 25/08/08 p. 57.
- (6) *Pós-moderno*, aqui, no sentido conferido por **Stuart Hall**, ou seja, *sociedade de mudança constante, rápida e permanente*: **HALL, Stuart.** *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A Ed., 1997, p. 15.
- (7) Nesse sentido: *Jornal Zero Hora*, ano 44, n. 15.310, de 29/07/2007, p. 42.
- (8) Nesse sentido: **NATÁLIO, Marco Antônio Carvalho.** *O Discurso do Telejornalismo de Referência: Criminalidade Violenta e Controle Punitivo*. São Paulo: Método, 2007.
- (9) Exame das máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade estrita. Sobre o tema: **ÁVILA, Humberto Bergmann.** *Teoria dos Princípios; Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- (10) Conforme explica **Ávila**, no exame da razoabilidade, destacam-se três acepções relevantes que devem ser observadas: *equidade* (harmonização da norma geral como caso individual), *congruência* (harmonização das normas com suas condições externas de aplicação) e *equivalência* (relação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona). **ÁVILA, Humberto Bergmann.** *Teoria dos Princípios; Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- (11) **PALMA, Marcio Gestteira.** “Os tribunais da mídia”, *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 13, n.158, pp. 10-11, jan. 2006.

Renata Jardim da Cunha Rieger

Advogada criminalista, especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade IDC, mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e integrante do grupo de estudos daquela Instituição, sob coordenação do prof. me. Daniel Gerber

Rafael Camparra Pinheiro

Assessor jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, especialista em Direito Público e especializando em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade IDC, integrante do grupo de estudos desta Instituição, sob coordenação do prof. me. Daniel Gerber

DA EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE DÁ SEGUIMENTO AO FEITO APÓS A APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRELIMINAR DISCIPLINADA PELA LEI 11.719/08

Maria Carolina de Melo Amorim

A aplicação da Lei 11.719/08 vem trazendo pertinentes discussões acerca da interpretação dos seus dispositivos. E não poderia ser diferente, considerando o número de mudanças por ela trazidas e de Juízos criminais que a ela se submetem.

Dessa forma, é certo que tanto o Ministério Público quanto a defesa se vêm implelidos a contestar posicionamentos divergentes de julgadores acerca do mesmo dispo-

sitivo penal.

Uma dessas discussões versa acerca do pronunciamento pós-apresentação da defesa preliminar do acusado. Muitos juízes, acostumados com os sucintos e (des)fundamentados despachos de recebimento da denúncia, vêm aplicando a mesma “escassez” de palavras para dar continuidade ao feito quando não vislumbram hipótese de absolvição sumária.

Pensamos, no entanto, que expressões como “*não sendo o caso de absolvição sumária, designe-se audiência de instrução*” não contemplam, em absoluto, o escopo do legislador em antecipar o contraditório, mormente quando a defesa preliminar sustenta argumentos a respaldar uma das hipóteses de absolvição sumária do artigo 397 do CPP.

A Constituição Federal determina, em seu artigo 93, IX que “*todos os julgamentos*

dos órgãos do Poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Para o Direito Penal, o artigo 93, IX da CF/88, além de garantir a transparência da decisão, evitando abusos e arbitrariedades e possibilitando o controle da decisão pelos órgãos judiciais superiores, tem inquestionável importância para o **exercício do direito de defesa**, para o qual se faz mister o conhecimento das razões de decidir.

É cediço, em contrapartida, que os tribunais brasileiros já firmaram posição no sentido de que o despacho de **recebimento da denúncia** prescinde de fundamentação. O argumento utilizado, nesse tocante, é que tal despacho não contém carga decisória: *“O juízo positivo de admissibilidade da demanda, em primeiro grau, não necessita de fundamentação porquanto não se qualifica, em regra, de ato decisório, nos termos do art. 93, inciso IX, 2ª parte, da Carta Magna (precedentes do Pretório Excelso e do STJ)”*.

É certo, também, que a lei processual em vigor, com relação aos delitos cujo procedimento já previa a apresentação de resposta à denúncia (p.e., crimes de responsabilidade de funcionário público) somente exige fundamentação da decisão na hipótese de rejeição da queixa ou da denúncia (art. 516), silenciando nos casos de recebimento da inicial, cuja natureza da manifestação judicial seria, então, de decisão interlocutória simples, exprimindo um juízo de mera admissibilidade da acusação realizado a partir da singela constatação do preenchimento de seus pressupostos formais. Dispensada estaria, por conseguinte, uma incursão aprofundada no mérito da acusação.

Nesse raciocínio, a adoção da defesa preliminar prevista pela reforma do CPP poderia seguir o mesmo procedimento, ou seja, apenas quando fosse o caso de absolver sumariamente o réu ter-se-ia a necessidade de expor as razões do decidir. Não é o que acreditamos, no entanto.

Ora, se a defesa reputa presente uma das causas de absolvição sumária, a decisão contrária ao seu requerimento, ao estabelecer o prosseguimento do feito, não pode ser comparada a uma decisão interlocutória simples, que prescinda de justificativa. Isto porque, com a divisão em duas partes do juízo de admissibilidade das imputações (art. 396, *caput* e art. 399, *caput*), **estabeleceu-se uma nova oportunidade de análise da denúncia, desta vez não apenas formal, mas relacionada ao mérito da demanda penal, que implica em coisa julgada material. A decisão do magistrado acerca da situação posta, nesse momento, não pode fugir aos argumentos expostos pelo réu.**

Assim, sem entrar nas discussões travadas na doutrina acerca do momento de recebimento da exordial, se quando da apli-

cação do art. 396, *caput* (hipótese de não rejeição) ou se por ocasião do artigo 399, *caput* (após a apresentação da defesa preliminar), afirmamos que, se no primeiro momento a análise judicial volta-se tão somente a verificar se a peça vestibular faz jus à composição dos artigos 41 e 395 do CPP, a situação é bem diversa quando o despacho se dá após a apresentação das razões de defesa, com pedido de absolvição sumária. Se as razões defensivas se voltaram ao mérito da demanda, estabelecendo o contraditório, a resposta jurisdicional não pode se furtar a apreciar a (in)viabilidade da *persecutio criminis*, sendo vedado ao julgador realizar ponderações vagas e imprecisas através de despachos meramente ordinatórios designando audiência de instrução e julgamento.

Entender de forma contrária, aliás, seria considerar a importância da defesa preliminar, tratando-a como mera antecipação dos argumentos defensoriais outrora trazidos somente em sede de alegações finais. Não pode passar despercebida, porém, a relevância que o legislador deu à apresentação daquela defesa, tornando-a **peça obrigatória**, ao exigir a nomeação de defensor ao réu se o advogado constituído não cumprir o prazo legal de 10 (dez) dias (art. 396-A, § 2º).

Ora, se a decisão pós-defesa preliminar prescindir da análise de qualquer dos pontos abordados naquelas razões, é certo concluir que o dispositivo que prevê a antecipação dos argumentos do réu se tornará, em pouco tempo, esvaziado. Assim sendo, poder-se-ia concluir que a lei deu azo apenas à obrigatoriedade — prejudicial, frise-se — de que a defesa revelasse, antes da instrução penal, as teses que pretende sustentar no processo, o que nenhuma vantagem traria àquela, vez que o juiz estaria autorizado a, através de um mero despacho de expediente não arrazoado, dar seguimento ao processo. Melhor saída seria, então, a defesa se limitar a arrolar testemunhas, como era estrategicamente adotado na de-

fesa prévia da antiga redação do artigo 395 do CPP.

E não se diga que, não pretendendo o juiz aplicar a absolvição sumária, seria prejudicial ao réu a apresentação justificada de argumentos contrários às teses defensoriais, em despacho a iniciar a instrução. Ora, uma vez já desnudas nos autos as teses de defesa, delas já tendo conhecimento o Ministério Público, conhecer o posicionamento do juiz acerca do assunto

só traria benefícios ao acusado, convidando-o a aprimorar suas alegações quando da instrução penal e nas alegações finais, e, porque não, a analisar a viabilidade de interposição de *habeas corpus* para trancamento da ação por ausência de justa causa, acaso a justificativa apresentada pelo magistrado para continuidade da ação se despir de razoabilidade.

Dessa forma, quando visível o *fumus boni iuris* nas alegações sustentadas pela defesa em suas razões preliminares, e não obtida a ab-

solução sumária através de parcursos argumentos que denotam, infelizmente, em alguns casos, a ausência de detida leitura da mencionada peça, **seria o caso de a defesa embargar da decisão, alegando evidente omissão, na esteira de posicionamento da Súmula 152 das Mesas de Processo Penal⁽¹⁾, para a qual “embora a lei preveja embargos de declaração apenas de sentença e acórdão, qualquer decisão judicial pode ser embargada, enquanto não ocorrer a preclusão”**. Provoquemos, assim, a manifestação dos juízes de 1º grau e dos Tribunais sobre o assunto.

NOTAS

(1) Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

(2) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2008, p. 225.

Maria Carolina de Melo Amorim

Advogada criminalista em Recife (PE), graduada pela UFPE com especialização em Direito Penal e Processual Penal

O PROBLEMA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL NOS DELITOS COMETIDOS ATRAVÉS DA EMPRESA

Tatiana Stoco

A criminalidade da empresa trouxe não apenas um desafio à dogmática jurídico-penal, no âmbito da individualização da responsabilidade criminal, como também um enorme descaso das autoridades responsáveis pela persecução penal com relação à própria legitimidade do princípio da responsabilidade subjetiva em Direito Penal, que vem sendo relegado a segundo plano, em prol de um suposto combate à impunidade.

Com frequência alarmante, denúncias criminais são oferecidas contra membros dirigentes de empresas, acusados de delitos societários, sem se atentarem para princípios básicos relacionados à autoria delitiva.

Meramente porque constam dos contratos sociais da empresa, ou porque formam o corpo diretivo de organizações empresariais acusadas da prática de delitos, são denunciados representantes estatutários que, na maioria das vezes, não praticaram qualquer conduta típica, não tiveram qualquer domínio sobre o fato criminoso, tampouco alguma participação na conduta criminosa efetivamente praticada por outros.

Esta odiosa tendência dos órgãos de acusação levou à modificação do entendimento, antes firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de se exigir a descrição individualizada na denúncia da participação de cada um dos acusados no fato punível, nos casos de autoria coletiva, a fim de possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Não é ocioso lembrar, no entanto, que o sistema repressivo brasileiro consagra a *responsabilidade subjetiva* e exige que a ação criminosa tenha sido praticada mediante dolo ou culpa, afastando qualquer possibilidade de responsabilização criminal fora destas hipóteses.

Seguindo essa linha de raciocínio, defendemos que para se apurar a individualização da responsabilidade criminal, nas hipóteses de delitos praticados através da empresa, há que se buscar uma solução coerente com os princípios constitucionais vigentes e, ao mesmo tempo, condizente com a nova realidade social. Denúncias genéricas, baseadas em meras presunções de culpa, não podem sustentar uma ação penal, especialmente porque a submissão de cidadãos às agruras do processo criminal exige um *mínimo de prova de sua concorrência* na prática de um fato punido como crime.

Por outro lado, é bem verdade que não se pode deixar impune o verdadeiro res-

ponsável pela decisão criminosa levada a cabo por funcionários que agem, muitas vezes, sem a completa consciência do alcance ilícito de seus atos. Assim, a realidade social das últimas décadas vem exigindo esforços maiores no sentido de se combater a impunidade destas figuras que ocupam o centro da decisão delituosa.

Ocorre que as estruturas empresariais alcançaram tal complexidade interna que um resultado verificado no mundo exterior ou a ofensa a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal muitas vezes não podem ser atribuídas com precisão a determinada pessoa física. No âmbito de grandes empresas, as atividades são realizadas através de um complexo organograma baseado na divisão horizontal de funções e em uma relação hierárquica vertical, com a marca distintiva da presença de um superior — ou de vários superiores — que eventualmente planeja, estrutura e controla a prática do fato delituoso.

O problema consiste, assim, em *como* responsabilizar as figuras que se situam no centro de decisões do grupo, sobretudo quando elas não intervêm diretamente na execução dos fatos puníveis concretos que são levados a cabo por outros, mas que são por elas planejados e controlados.

Haverá situações concretas em que, diante de um fato criminoso praticado no âmbito da empresa, a questão da responsabilidade poderá resolver-se através dos critérios gerais do concurso de pessoas, especialmente quando se apurar que o autor imediato atua só ou em conjugação de esforços com outrem, preenchendo um ilícito típico (autoria singular ou coautoria) ou, se for o caso, um ilícito típico de outrem, ao qual ele adere na categoria de partícipe⁽¹⁾.

Em outros casos, a questão da individualização da autoria ficaria resolvida com o auxílio da figura da autoria mediata, como no caso em se apure que o executor material tenha atuado em erro sobre a ilicitude do fato ou em erro quanto a elementos do tipo.

No entanto, como sói acontecer no âmbito destas estruturas organizadas, o centro de decisão sobre a prática criminosa encontra-se isolado do centro de execução e o alcance daquelas categorias tradicionais do concurso de pessoas já não se mostra mais suficiente, de modo a permitir a punição daqueles que possuem, verdadeiramente, o domínio do fato na forma de *domínio da vontade*.

E, diante dessa dificuldade, sob a fal-

sa pretensão de evitar-se a impunidade, denúncias são oferecidas sem respeitar normas elementares sobre responsabilidade criminal e processos criminais lastreiam-se na odiosa figura da responsabilidade objetiva.

Conquanto as propostas teóricas até hoje elaboradas⁽²⁾ ainda não tenham fornecido respostas suficientes para o problema da individualização da responsabilidade criminal neste contexto, especialmente nos casos em que se apuram delitos dolosos, esta lacuna de punibilidade, a exemplo de tantas outras já enfrentadas na história da evolução da Ciência Penal e dos Códigos Penais, merece e deve ser definitivamente sanada.

Se o Direito é o reflexo direto da dinâmica e da transformação sociais; se deve atender às demandas e à problemática latentes no seio da sociedade, modificando-se e renovando-se constantemente, então a verdadeira repressão da criminalidade da empresa se deverá iniciar por uma profunda alteração legislativa.

E até que chegue este momento, o que certamente se há de assistir é a violação devastadora de princípios penais elementares, sobretudo o da *responsabilidade penal subjetiva*, sob a perversa justificativa de combate e prevenção à criminalidade de empresa, naquelas hipóteses em que não forem suficientes os moldes da autoria delitiva contornados pelo artigo 29 do Código Penal brasileiro.

NOTAS

- (1) Para MUÑOZ CONDE, haveria coautoria nos casos em que o subordinado aja como mero instrumento do dirigente da empresa, atuando “*sin intención, limitándose a realizar la conducta, siguiendo las instrucciones que se le dan, sin que ello le suponga directamente ningún provecho personal, ni conciencia de participación en una operación delictiva*”. Para ele, “*existe aquí una coautoría de los que en la cúspide de la empresa deciden, organizan o planifican la ejecución de uno o varios hechos punibles, renunciando para ello una vez más al concepto de coautoría como coejecución, que es todavía más discutible en el ámbito de la delincuencia empresarial*” (Introducción a la Teoría General del Hecho Punible. Asunción: Jurídicas Catena, 2003, pp. 199-200).
- (2) Como exemplo, a “Teoria dos deveres jurídicos de garante” ou da “Responsabilidade por omissão dos órgãos diretivos”, amplamente defendida por penalistas europeus.

Tatiana Stoco

Advogada criminalista em São Paulo, pós-graduada em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

15º seminário INTERNACIONAL

Fique de olho!

de 25 a 28 de agosto de 2009
Tivoli São Paulo Mofarrej/SP



As inscrições para o maior encontro de Ciências Criminais da América Latina serão abertas em abril no nosso site. Garanta já sua vaga com preços e condições especiais!

Professores Internacionais: Agustín Jorge Barreiro (Espanha) • Carlos Serra (Moçambique) • Daniel Rafecas (Argentina) • Eduardo Alcócer Póvis (Peru) • Ignácio Berdugo (Espanha) • Jorge de Figueiredo Dias (Portugal) • José de Faria Costa (Portugal) • Luigi Foffani (Itália) • Massimo Pavarini (Itália)

Convidada Especial: Maria da Penha (CE)

Professores Nacionais: Ada Pellegrini Grinover (SP) • Alamiro Velludo Salvador Netto (SP) • Amilton Bueno de Carvalho (RS) • Aton Fon Filho (SP) • Cláudio do Prado Amaral (SP) • Daniela Cembraneli (SP) • Débora Diniz (DF) • Denis Praça (RJ) • Diogo Malan (RJ) • Édson Luis Baldan (SP) • Elmano de Freitas (DF) • Ermínia Maricato (SP) • Eugênio Pacelli de Oliveira (MG) • Fábio Guedes de Paula Machado (MG) • Fernando Calmon (DF) • Hugo de Brito Machado (CE) • Ingo W. Sarlet (RS) • Leonardo Alonso (SP) • Luciana Boiteux (RJ) • Marcelo Semer (SP) • Márcio Thomaz Bastos (SP) • Maria Adrião (SP) • Mariângela Gama de Magalhães Gomes (SP) • Marlon Alberto Weichert (SP) • Maurício Zanoide de Moraes (SP) • Paulo Endo (SP) • Paulo Rangel (RJ) • Renato de Mello Jorge Silveira (SP) • Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas (PE) • Rodrigo de Grandis (SP) • Sérgio Sérvulo da Cunha (SP) • Vera Regina Pereira de Andrade (SC)

Informações: 15seminario@ibccrim.org.br ou (11) 3105-4607

www.ibccrim.org.br

Escritórios Colaboradores: Advocacia Mariz de Oliveira S/C (SP) • Almeida Castro Advogados Associados S/S (DF) • Ariosvaldo Campos Pires Advogados (MG) • Azevedo e Azevedo Advogados Associados (SP) • Barandier Advogados Associados (RJ) • Daniel Gerber & José Henrique Salim Schmidt Advogados (RS) • Dias e Carvalho Filho Advogados (SP) • Escritório Professor René Dotti (PR) • Fernando Fernandes Sociedade 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) • Milaré Advogados - Consultoria em Meio Ambiente (SP) • Moraes Pitombo Advogados (SP) • Moreira de Oliveira Advogados Associados (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) • 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

REALIZAÇÃO:


IBCCRIM

Entidades que assinam o Boletim:

■ AMAZONAS

- Associação dos Magistrados do Amazonas - Amazon

■ CEARÁ

- Associação Cearense de Magistrados
- 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

- Curso A. Carvalho Sociedade Ltda. - Belo Horizonte
- Instituto de Ensino, Pesquisa e Atividades de Extensão em Direito Ltda. - Praetorium
- Sindicato dos Delegados de Polícia Federal em Minas Gerais - SINDFPF-MG

■ PARÁ

- Associação do Ministério Público 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

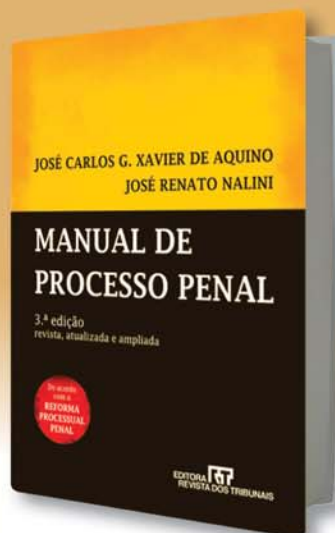
■ SÃO PAULO

- 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



Fundamental para sua carreira

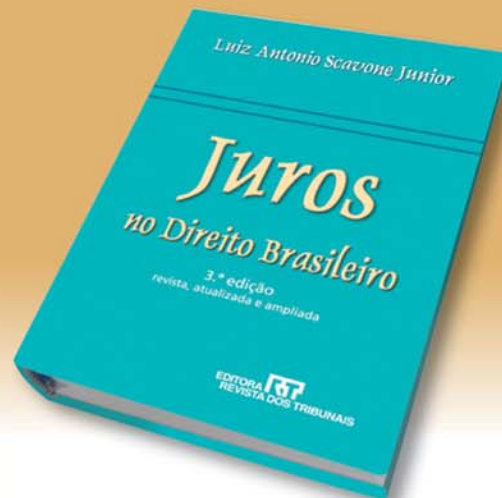
LANÇAMENTOS



José Carlos G. Xavier de Aquino e José Renato Nalini
3.^a edição – 414 páginas

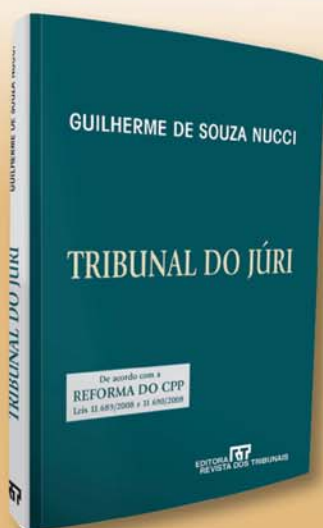


Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes
6.^a edição – 366 páginas



Luiz Antonio Scavone Junior
3.^a edição – 480 páginas

Guilherme de Souza Nucci



512 páginas



4.^a edição
1.216 páginas



9.^a edição
1.278 páginas



8.^a edição
1.214 páginas

www.rt.com.br

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS