

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

O MUNDO GLOBAL EM BUSCA DE UM NOVO PARADIGMA

O paradigma do fundamentalismo do mercado, isto é, de um capitalismo formatado para sempre como etapa final da própria história da civilização, está morto. E morreu, por sinal, de morte morrida, em razão dos excessos de liberdade, assumidos por seus seguidores, e da crença no mito dos mercados auto-reguláveis. Fala-se abertamente, no momento atual, em final de uma era, num novo 11 de setembro atingindo a utopia do capitalismo liberal, numa situação equivalente à queda do muro de Berlim, em relação ao comunismo. Qualquer que seja o enquadramento, força é convir que, para fazer face à situação confusa em que vive presentemente o mundo global, os sistemas financeiro, bancário, empresarial etc. correram, de pronto, a pedir ajuda ao Estado que estava, à luz do pensamento único, condenado à não-intervenção. Em outras palavras, o mercado que até então tinha privatizado os lucros, pretendia agora socializar as perdas. Por mais incrível que possa parecer, a resposta estatal veio de imediato. Trilhões de dólares, bilhões e bilhões de euros foram disponibilizados para pôr termo às dificuldades enfrentadas pelo mercado. Se antes ao Estado cabia apenas submeter-se à retórica da liberdade do mercado, preservando-o de qualquer ingerência pois seria ele capaz de equacionar suas próprias pendências; no momento presente era o Estado que deveria ser a tábua de salvação das loucuras, da especulação, da ganância e da falta de freios desse mercado. As quantias mobilizadas, a curto prazo, seriam mais do que suficientes para acabar com a fome no mundo, para diminuir drasticamente as desigualdades sociais, ou para desenvolver tecnologias redutoras das emissões de poluentes. Mas as medidas estatais adotadas, por seus diversos órgãos, não surtiram efeito esperado e não foram capazes de reverter a crise em curso. Não são necessários olhos de lince para verificar que o pior ainda está por vir. Trata-se, em verdade, da primeira crise, que se esparrama simultaneamente por todas as regiões do mundo e por todas as atividades econômicas. Não há como escapar. Não são "marolas" da chamada economia de mercado: são ondas aterradoras, em forma de verdadeiro *tsunami*. A dinâmica interna desse maremoto financeiro e econômico provocará o estouro de bolhas especulativas, esvaziará os bolsões de riquezas fictícias, instalará a queda vertiginosa dos preços imobiliários e dos valores das ações e deixará como resultado final dívidas e mais dívidas que cairão como peças de um jogo de dominó, uma atrás da outra. E com tudo isso, virão a fantástica aceleração do desemprego, a radical diminuição do consumo, a profunda recessão, enfim.

O esvaziamento do paradigma capitalista do livre mercado sugere a proposta de um novo paradigma que deve ser construído, não em nível dos países ricos, mas na conjugação desses com os países emergentes e com os países de parques recursos

financeiros. Um novo paradigma deve levar em conta alguns pontos de sustentação:

a) a *reinvenção do Estado-Nação* permitirá estabelecer, em concurso com outros Estados, controles que ponham termo a uma globalização doidivas, sem limites e sem regras. Mais do que nunca deverá ficar plenamente assegurado que o mercado inexistirá sem um Estado atuante e que aquele só resolverá seus problemas com mecanismos de regulação emanados do Estado;

b) a *morte da teologia do mercado* marcará a diminuição da influência norte-americana no mundo. Isto não quer dizer que o referido país possa ser posto de lado no contexto internacional: perdeu apenas seu caráter hegemônico. O mundo caminhará para a multipolaridade, isto é, assistirá à ascensão de novos centros de poder que não aceitarão o domínio absoluto dos Estados Unidos na concentração do poder econômico e na ordem internacional. A guerra global permanente tão a gosto da atual e isolada liderança mundial estará irremediavelmente condenada ao fracasso, e a liderança múltipla poderá dar seus primeiros passos na criação de projetos comuns idôneos a eliminar a fome e as gritantes desigualdades sociais;

c) a *idéia do pleno emprego* significará a busca de uma agenda progressista que garantirá a plenitude da força de trabalho e de uma nova ordem econômica e financeira, na qual será possível canalizar o crédito para as atividades socialmente produtivas, como a expansão do trabalho, a cobertura plena da saúde e o sistema educacional;

d) a *reconstrução do Estado-social* acarretará o crescimento do setor público, apontando para um processo de reinclusão social, o que possibilitará a diminuição sensível dos conflitos que serão equacionados por outros controles formais mais adequados, fora do direito penal. O princípio da subsidiariedade tornar-se-á real e efetivo e o direito penal não terá mais transbordamentos, que o façam sair de seus apropriados limites, nem tratará o infrator como inimigo a quem se recuse a cidadania, negue-se o justo processo penal e permita-se a tortura. A aproximação de todos os países para o equacionamento da crise econômico-financeira poderá levá-los a encarar seriamente o direito penal internacional como instrumento imprescindível para pôr fim aos horrores das guerras preventivas, dos massacres, do terrorismo, da tortura, dos crimes transnacionais e da miséria de que bilhões de pessoas participam.

Quando isso ocorrerá? Não se sabe ao certo porque é extremamente difícil dimensionar quando um novo paradigma encontrará concreção. O tempo não tem comando, nem atende a expectativas. Tudo a esta altura poderá parecer demasiadamente utópico, mas como será possível, num mundo global em profunda transformação, não crer no ser humano e não sonhar até às raias do impossível?

EDITORIAL:

- **O MUNDO GLOBAL EM BUSCA DE UM NOVO PARADIGMA** 1
- **A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, A CONSUMAÇÃO DO CRIME TRIBUTÁRIO E A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO**
Janaina Conceição Paschoal e Jorge Coutinho Paschoal 2
- **INDAGAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DA EMPRESA PELO PRODUTO DEFEITUOSO**
Pierpaolo Cruz Bottini 4
- **MOVIMENTAÇÕES SOCIAIS: CRIMINALIZAÇÃO E ESTADO DE NECESSIDADE**
Irineu João Simonetti Filho 6
- **O FANTASMA DE LINDBERGH E CATIVEIRO COM MORTE EM SÃO PAULO**
Carlos Roberto Bacila 7
- **1/2 CALABRESA, 1/2 GARANTIA FUNDAMENTAL**
Délio Lins e Silva Júnior 10
- **ACUSAÇÕES PERIGOSAS**
Oscar Mellin Filho 11
- **A "NOVA" LACUNA NO SISTEMA LEGAL DE NULLIDADES CAUSADA PELA REFORMA PROCESSUAL**
Antonio Santoro 12
- **MANIFESTAÇÃO DO ASSISTENTE TÉCNICO E À REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEIO DE PROVA ATÍPICO. PROCEDIMENTO.**
Fernanda Regina Vilares e Mariângela Lopes 14
- **A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A DIMENSÃO POLÍTICO-CRIMINAL DO INTERROGATÓRIO NO PROCESSO PENAL**
Reinaldo Daniel Moreira 15
- **DO JOGO À "PELADA" PROCESSUAL: O PROCESSO PENAL SEM JUIZ**
Daniel Gerber e Marcelo Mayora 16
- **PRINCÍPIO LIMITADORES DA EXECUÇÃO PENAL**
Fernando Vernice dos Anjos 17
- **FRAU LEGIS - ASSESSORES JUDICIAIS**
José Roberto Antonini 19

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **HABEAS CORPUS. EXAME DE PROVA E LEGALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR** 1225
- **EMENTAS**
- Supremo Tribunal Federal 1227
- Superior Tribunal de Justiça 1227
- Tribunais Regionais Federais 1228
- Tribunais de Justiça 1231

A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, A CONSUMAÇÃO DO CRIME TRIBUTÁRIO É A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO

Janaina Conceição Paschoal e Jorge Coutinho Paschoal

Assunto polêmico o referente à relação existente entre a constituição do crédito tributário e a persecução penal dos crimes contra a ordem tributária.

Com raras exceções⁽¹⁾, durante muito tempo, prevaleceu o entendimento de que, com a ocorrência do fato gerador, havendo indícios da prática de crime contra a ordem tributária, a persecução penal não precisaria aguardar a constituição do crédito tributário, ou seja, o término do procedimento administrativo fiscal. Multiplicaram-se decisões judiciais alardeando a total independência das esferas fiscal e criminal.

Em contrapartida, debatiam-se os doutrinadores para mostrar que a constituição do débito seria prejudicial à ação penal, por constituir condição de procedibilidade, condição objetiva de punibilidade, ou elemento do tipo.

Mais recentemente, consolidou-se o entendimento de que a persecução penal, pela suposta prática de crime contra a ordem tributária, deve aguardar o término de eventual procedimento administrativo fiscal com a constituição do crédito tributário, diretamente ligado à tipicidade penal, uma vez que a supressão e a redução do imposto devido integram o tipo.

Em outras palavras, como só é possível saber se houve redução ou supressão de tributo com o término do procedimento administrativo fiscal, a tipificação, e, por consequência, a consumação do delito, só ocorre quando a Administração decide definitivamente a questão.

Como consequência lógica desse entendimento — de que o crime tributário somente se consuma quando da constituição do débito — vêm sendo prolatadas decisões no sentido de que o prazo prescricional somente começa a correr com o término do procedimento administrativo fiscal⁽²⁾.

Apesar do respeito ao entendimento esposado, alguns pontos nos inquietam.

É muito discutível defender que a redução ou supressão de tributo ocorre somente com a constituição do crédito tributário se, para fins de incidência de encargos, multa e juros moratórios, o tempo da supressão ou redução é o momento da infração, atestada no auto de infração fiscal.

Na mesma linha, não há como considerar que o crime se consuma apenas com a decisão definitiva no âmbito administrativo se o próprio Código Tributário Nacional, no artigo 144, diz expressamente que “o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei

então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”.

A decisão definitiva na esfera administrativa está sim relacionada à tipicidade, não sob o enfoque da consumação, mas sob o da materialidade.

Fazendo um paralelo com o crime de homicídio, tem-se que se Tício atira em Caio e esse vem a morrer, sendo submetido a exame necroscópico um mês depois: 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⁽³⁾.

O entendimento de que a consumação (e não a constatação da materialidade delitiva) se dá apenas com a decisão definitiva no âmbito fiscal tem gerado situações bastante teratológicas.

A título de exemplo, relata-se que um cidadão, processado criminalmente, durante treze anos, por suposta omissão de informação de rendimentos à Receita, recebeu *habeas corpus*, de ofício, anulando toda a persecução, uma vez que o feito fora iniciado antes da decisão fiscal definitiva.

Pois bem, como ressarcimento pelo constrangimento ilegal sofrido, o mesmo cidadão viu-se novamente denunciado, pelos mesmos fatos, dado o entendimento de que a consumação do delito se dera apenas com a constituição do crédito tributário e que, somente então, teria tido início o curso prazo prescricional.

É compreensível o esforço de evitar a impunidade, procurando transportar a consumação do crime para o momento da decisão definitiva na esfera administrativa, que passaria a ser o termo inicial do prazo prescricional.

No entanto, por mais importante que seja a política criminal, por maior que seja sua valorização acadêmica em sede nacional e internacional, não se podem colocar

de lado princípios caros ao Direito Penal.

Até os crimes mais graves e mais atentatórios à lei e à moral prescrevem. Não se concebe lutar contra a prescrição de um homicídio, aduzindo que o corpo foi encontrado muitos anos após os fatos e que o prazo prescricional somente correria da

data da perícia que constatou a morte por causas externas. Ademais, justamente por força do reprovabilidade que circunda, e deve circundar, o homicídio, o Código Penal prevê outras causas exclusivas de interrupção

de seu prazo prescricional (pronúncia, confirmação da pronúncia).

Se gera impunidade o reconhecimento de que a decisão administrativa definitiva está relacionada à materialidade e não à consumação do crime tributário, que se legisle, prevendo, expressamente, a suspensão do curso do prazo prescricional, o qual, não há como fugir, deve começar com a consumação do crime, muito anterior à constatação de sua materialidade.

O que não se pode admitir é qualquer tipo de interpretação analógica ou extensiva que prejudique o imputado.

NOTAS

(1) Pode-se citar precedente relatado por **Sylvia Steiner**, em que restara assentado: “Enquanto pendente de julgamento recurso administrativo que pretende comprovar a inexistência de débito, não existe justa causa para a ação penal, pois não demonstrada a materialidade delitiva...” (TRF 3ª Região, HC 98.03.041097-0, relatora **Sylvia Steiner**, j. 14/09/1999).

(2) “... Enquanto não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, o crédito tributário, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. Em consequência, e por ainda não se achar configurada a própria criminalidade da conduta do agente, sequer é lícito cogitar-se da fluência da prescrição penal, que somente se iniciará com a consumação do delito (CP, art. 111, I). Precedentes” (STF, 84092/CE, 2ª T., min. **Celso de Mello**, j. 22/06/2004, DJ 03/12/2004, p. 50) (destacamos).

(3) Ainda assim, passível de revisão por ser unilateral.

Janaina Conceição Paschoal
e Jorge Coutinho Paschoal

Advogados, sendo a primeira professora-doutora de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

PARTICIPE POR ACREDITAR

APRESENTAÇÃO DO PRESIDENTE PARA O RELATÓRIO DE ATIVIDADES/08

Leia, na íntegra, a apresentação do Relatório de Atividades 2008, escrita pelo Dr. Alberto Silva Franco, presidente do IBCCRIM (gestão 2007-2008).

O referido relatório foi apresentado durante a última Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária, realizada no dia 11 de dezembro de 2008 e seu volume completo encontra-se disponível para consulta de todos os associados do IBCCRIM na Biblioteca do Instituto.

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM CIÊNCIAS PENAIS - JUIZ DE FORA / MG

Realização: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Inscrições: de 19 de janeiro a 20 de fevereiro de 2009.

Duração do curso: de março a dezembro de 2009

Local: Faculdade de Direito, campus Universitário da UFJF.

Informações: Tel.: (32) 3229-3504 ou e-mail pos.direito@uff.edu.br

PROGRAME NA SUA AGENDA!

O **15º Seminário Internacional do IBCCRIM** já tem data marcada! Em 2009, a 15ª edição do Seminário Internacional de Ciências Criminais acontecerá entre os dias 25 e 28 de agosto (de terça a quinta-feira), no Hotel Tivoli São Paulo – Mofarrej, na Alameda Santos 1437, Jardins, São Paulo e já estão confirmados os professores internacionais: Jorge de Figueiredo Dias (Portugal), José de Faria Costa (Portugal) e Luigi Foffani (Itália).

Fique de olho no portal do IBCCRIM e nas próximas notícias sobre o evento. Participe!

LABORATÓRIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 2009

Estarão abertas as inscrições para a 8ª Edição do Laboratório de Ciências Criminais, a partir do dia 19 de Janeiro de 2009, na Seção de Produção Científica do IBCCRIM, aos estudantes do 3º ao 5º ano das faculdades de Direito.

Ao longo do curso serão discutidos os grandes temas das Ciências Criminais.

Obtenha mais informações no portal do IBCCRIM ou pelo telefone (11) 3105-4607, ramal 174.

GESTÃO 2009-2010: CONHEÇA OS MEMBROS DO ELEITO PARA ESTE BIÊNIO

De acordo com a **Assembléia Geral Ordinária e Extraordinária** realizada em 11 de dezembro de 2008, foram eleitos, por aclamação, os seguintes membros do **IBCCRIM** para constituir a **Diretoria Executiva e o Conselho Consultivo** durante o biênio 2009-2010:

Diretoria Executiva:

Presidente: Sérgio Mazina Martins

1º Vice Presidente: Carlos Vico Mañas

2ª Vice-Presidente: Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1ª Secretária: Juliana Garcia Belloque

2º Secretário: Cristiano Avila Maronna

1º Tesoureiro: Edson Luís Baldan

2º Tesoureiro: Ivan Martins Motta

Conselho Consultivo:

Carina Quito

Carlos Alberto Pires Mendes

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Sérgio Salomão Shecaira

Theodomiro Dias Neto



(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: Edson 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: André 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

INDAGAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL DA EMPRESA PELO PRODUTO DEFEITUOSO

Pierpaolo Cruz Bottini

Inúmeros são os desafios que a realidade impõe à dogmática penal. As constantes e dinâmicas transformações nas relações sociais e nos meios de produção colocam em constante xeque os institutos penais, e exigem sempre novas reflexões sobre seu conteúdo e sua abrangência. Ilustram bem esta assertiva os casos de responsabilidade penal da empresa pelo produto defeituoso, que abarcam toda uma gama de problemas relacionados com a resposta penal cabível aos fabricantes e distribuidores de mercadorias defeituosas que causam lesões à saúde de seus consumidores.

A atualidade do tema chama a atenção⁽¹⁾. A massificação do consumo, o desenvolvimento e lançamento no mercado de milhares de novos produtos, a dificuldade da ciência em apontar todos os seus possíveis efeitos colaterais, e as constantes descobertas dos efeitos nocivos de insumos já em circulação, exigem uma reflexão sobre a forma de controlar os riscos envolvidos e sobre a adequada caracterização e distribuição da responsabilidade penal nestas situações. Qual a reação mais pertinente diante da constatação de danos à saúde em massa decorrentes da utilização de determinado produto? Quais os requisitos para fazer incidir o direito penal nessa situação? A dificuldade da dogmática tradicional para responder tais questões joga luz sobre suas fragilidades e torna o tema complexo, instigante e perturbador.

Tome-se como exemplo um fabricante do produto X, que o distribui sem respeitar todos os deveres de cuidado exigidos para a segurança dos consumidores, acreditando que aquelas regras não são necessárias, e que sua inobservância não afetará a saúde dos usuários. Imagine-se que realmente não haja constatação científica plena da utilidade das normas de cuidado impostas. Algum tempo depois, parte significativa dos consumidores do produto sofre danos à saúde, e há suspeitas (apenas suspeitas) ou indícios da existência denexo causal entre a utilização deste e aquelas lesões. Como reagirá o Direito Penal diante desta situação? É possível fazer incidir a reação punitiva estatal pelos instrumentos dogmáticos tradicionais?

Em primeiro lugar, percebe-se, nestes casos, a dificuldade para caracterizar o nexode causalidade. A responsabilidade penal é possível quando a conduta contribuiu de forma inequívoca com o resultado, ou com o aumento do risco do resultado. Ocorre que, na maior parte dos casos

de responsabilidade pelo produto, a constatação científica da relação causal entre produto/dano é inviável. A ciência não dispõe, em geral, de instrumentos capazes de atestar, absolutamente, que o uso de um produto gerou este ou aquele dano. Ilustra esta afirmação o exemplo trágico da talidomida: apesar de ser de pleno conhecimento que o uso deste medicamento causou milhares de deformações fetais, não há até hoje constatação científica da relação exata entre seus componentes químicos e os efeitos nocivos observados.

Os tribunais alemães e espanhóis têm resolvido a questão da seguinte forma: substituem a constatação científica e incontestável da causalidade pelo reconhecimento de indícios suficientes do nexocausal. A certeza absoluta sobre a relação causa/efeito é substituída pelo convencimento íntimo do juiz diante de fundadas suspeitas sobre a existência da causalidade, embasadas em análises periciais ou estatísticas que as justifiquem⁽²⁾.

Tal construção, por óbvio, flexibiliza o conceito de imputação objetiva, normatizando em excesso o nexocausal e ampliando o campo de atuação da norma penal. A suspeita torna-se fundamento para a imputação penal, mitigando a própria presunção de inocência. A certeza da causalidade é substituída por indícios ou por evidências estatísticas, e tal operação impacta de forma significativa os tradicionais institutos sobre os quais se assentam inúmeros princípios do Direito Penal material e processual.

Porém, este não é o único problema relacionado às controversas formas de enfrentar os casos de responsabilidade penal pelo produto, que coloca em xeque a dogmática tradicional. Ao lado da relativização dos conceitos de causalidade e de imputação objetiva, coloca-se a premente dificuldade de solução de tais problemas no campo da autoria. Quem será o responsável pelos danos causados nos casos em discussão?⁽³⁾ A fabricação e distribuição de produtos defeituosos não é um ato

isolado, de uma pessoa facilmente identificável. Trata-se, em geral, de uma empreitada coletiva, decorrente de decisões colegiadas, executadas por partes, por inúmeros funcionários, cada qual com participação distinta e quase que ínfima para a tragédia final, que decorre da soma de todas estas pequenas contribuições.

A dificuldade para estabelecer critérios de responsabilização em âmbitos de organização complexa, de aferir o grau de culpabilidade por cada conduta, fragiliza os tradicionais conceitos de autoria. Os critérios para identificar autores, partícipes, para distinguir tais papéis e para determinar a culpabilidade de cada um tornam-se mais complexos, ainda mais quando surge a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Mesmo as mais modernas teorias do domínio do fato não apresentam respostas satisfatórias para tais indagações, revelando a atualidade do problema.

Os critérios para identificar autores, partícipes, para distinguir tais papéis e para determinar a culpabilidade de cada um tornam-se mais complexos, ainda mais quando surge a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Mesmo as mais modernas teorias do domínio do fato não apresentam respostas satisfatórias para tais indagações, revelando a atualidade do problema.

pes, para distinguir tais papéis e para determinar a culpabilidade de cada um tornam-se mais complexos, ainda mais quando surge a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Mesmo as mais modernas teorias do domínio do fato não apresentam respostas satisfatórias para tais indagações, revelando a atualidade do problema.

A responsabilidade pelo produto coloca em questão, ainda, a imputação subjetiva (dolo/culpa). A conduta dolosa ou culposa exige, ao menos, que o agente conheça os riscos dela decorrentes, desejando ou aceitando o resultado, ou violando o dever de cuidado. Ocorre que, como já destacado, nem sempre os riscos do produto são reconhecíveis no momento de sua distribuição, razão pela qual nem sempre são exigidos determinados cuidados prévios. Sobre este pantanoso terreno da dúvida científica, não é fácil perceber o elemento “previsibilidade”, tão caro à imputação subjetiva. O que significa ser previsível? Qual o grau de suspeita sobre a periculosidade do produto que fundamenta determinados deveres de cautela ou sua retirada de circulação? Quais os limites da precaução, para evitar a incidência da norma penal a título de dolo ou culpa? A fronteira entre o risco permitido e o ilícito previsível é tênue, difusa, mas a ausência de sua demarcação pela dogmática perturba a segurança da aplicação da norma. A determinação dos limites do risco, do conteúdo do cuidado devido, e da

materialidade da precaução é essencial para evitar um Direito Penal arbitrário e desigual. A perplexidade da jurisprudência diante dos casos de responsabilidade pelo produto revela, na prática, a urgência da fixação de parâmetros seguros de imputação criminal no contexto da sociedade de riscos⁽⁴⁾.

Outros aspectos relevantes e instigantes cercam a responsabilidade pelo produto, sobre os quais não se faz possível uma análise detalhada, como os problemas atinentes à aplicação das regras do concurso de crimes. A colocação no mercado de produtos defeituosos é crime de perigo, enquanto que a causação de danos aos consumidores denota um resultado lesivo claro. Como tratar o concurso nestes casos? O crime de dano absorverá o crime de perigo, ou desenhase o concurso formal ou material? A superação destas questões passa pela controversa reavaliação do conteúdo dogmático dos crimes de perigo abstrato e de lesão, sua extensão, e a natureza dos bens jurídicos protegidos, demonstrando mais uma vez a variedade de temas que envolve qualquer construção neste campo⁽⁵⁾.

Por fim, cabe apontar o crime omissivo como outro instituto dogmático bastante afetado pela responsabilidade pelo produto⁽⁶⁾. A partir do momento em que o fabricante descobre o potencial lesivo de seu produto, desconhecido anteriormente, deve retirá-lo de circulação, sob pena de crime omissivo? Caso ocorram lesões posteriores a não retirada, o produtor responderá por omissão própria ou imprópria? A jurisprudência alemã tem caracterizado tais casos como crimes de omissão imprópria, ou seja, apontado a posição de garante da empresa que fabricou a mercadoria, criou o risco, e que responde pelas lesões como se as tivesse causado ativamente. Independentemente do acerto ou equívoco da decisão, percebe-se uma ausência de reflexão sobre seu conteúdo e seus reflexos para os conceitos de culpabilidade, e do conceito do dever de cuidado, que adquire contornos cada vez mais etéreos.

Em linhas gerais, estes são os principais desafios dogmáticos postos pela responsabilidade pelo produto. O presente texto não tem o escopo de apresentar respostas às questões colocadas, mas apenas expor o contexto dos debates, e a gravidade de suas conseqüências.

A crise sistêmica do Direito Penal impõe um trabalho de releitura de suas premissas, de forma a garantir coerência e funcionalidade ao método interpretativo, do contrário, as respostas às questões colocadas continuarão a ser oferecidas por jurisprudências casuísticas ou soluções isoladas, de repetição improvisada, que podem aos poucos jogar por terra toda uma dogmática voltada para garantir segurança ao cidadão diante do sempre imponderável exercício do Direito punitivo estatal.

O objetivo é apenas apontar como os novos problemas expõem as fragilidades dos institutos dogmáticos tradicionais, de maneira a exigir uma urgente reflexão sobre a maneira pela qual o sistema penal pode solucionar tais questões de forma racional. A crise sistêmica do direito penal impõe um trabalho de releitura de suas premissas, de forma a garantir coerência e funcionalidade ao método interpretativo, do contrário, as respostas às questões colocadas continuarão a ser oferecidas por jurisprudências casuísticas ou soluções isoladas, de repetição improvisada, que podem aos poucos jogar por terra toda uma dogmática voltada para garantir segurança ao cidadão diante do sempre imponderável exercício do Direito punitivo estatal.

NOTAS

- (1) A jurisprudência comparada debruçou-se sobre o tema em alguns clássicos casos concretos, como o do azeite de colza (Espanha) ou da talidomida (Alemanha), dentre outros, nos quais se discutiu a qualidade da responsabilidade dos fabricantes e distribuidores destes produtos pelos danos decorrentes de sua utilização. Por todos, **HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. La Responsabilidad por el Producto en Derecho Penal.** Tirant: Valencia, 1995.
- (2) **HILGENDORF, Eric.** "Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto", *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LV, MMII, Madrid, 2004. pp. 91-107.
- (3) **VOGEL, Joachim.** "La responsabilidad por el producto en Alemania: situación actual y perspectivas de futuro", *Revista Penal*, 8, La Ley, julho 2008, pp. 95-104.
- (4) **KUHLEN, Lothar.** "Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto", *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LV, MMII, Madrid, 2004, pp. 67-89.
- (5) Sobre a importância da discussão da natureza dos bens jurídicos protegidos nestes casos, ver **CAROCORIA**, "Sociedades de riesgo", bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 9, pp. 177-219.
- (6) **CORROZA, Maria Elena Iñigo.** "El caso del 'protector de la madera' (holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del tribunal supremo alemán", *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.13, pp. 281-309.

Pierpaolo Cruz Bottini

Professor-doutor de Direito penal da USP, advogado, coordenador regional do **IBCCRIM** e membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária



COORDENADORIAS REGIONAIS:

Coordenadora-Chefe: Juliana Garcia Belloque

Coordenadores-Regionais:

1ª REGIÃO (AP, MA e PA):

João Guilherme Lages Mendes

2ª REGIÃO (AC, AM e RR):

Fabiola Monteconrado Ghidalevich

3ª REGIÃO (PI, CE e RN):

Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª REGIÃO (PB, PE e AL):

Oswaldo Trigueiro Filho

5ª REGIÃO (BA e SE):

Wellington Cesar Lima e Silva

6ª REGIÃO (RJ e ES):

Márcio Gaspar Barandier

7ª REGIÃO (DF, GO e TO):

Pierpaolo Bottini

8ª REGIÃO (MG):

Felipe Martins Pinto

9ª REGIÃO (MT, MS e RO):

Francisco Afonso Jawsnicker

10ª REGIÃO (SP):

Ricardo Guinalz

11ª REGIÃO (PR):

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª REGIÃO (RS e SC):

Rafael Braude Canterji

BOLETIM IBCCRIM

- ISSN 1676-3661 -

COORDENADOR-CHEFE:

Andre Pires de Andrade Kehdi

COORDENADORES ADJUNTOS:

Cecilia Tripodi, Eduardo Augusto Paglione e Renato Stanzola Vieira

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

DIAGRAMAÇÃO, COMPOSIÇÃO, MONTAGEM E FOTOLITO:

Ameruso Artes Gráficas

Tel./Fax (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br

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

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

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

TIRAGEM: 11.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

Rua Onze de Agosto, 52 - 2ª 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

MOVIMENTOS SOCIAIS: CRIMINALIZAÇÃO E ESTADO DE NECESSIDADE

Irineu João Simonetti Filho

*“O homem não existe para a lei,
mas sim a lei existe para o homem.”*

Karl Marx

A Constituição de 1988 refletiu algumas das aspirações dos grupos sociais que pressionaram pela redemocratização, o que significou o reconhecimento da sua legitimidade política⁽¹⁾. No entanto, subsiste uma ideologia antidemocrática que reclama não apenas contra a atuação, mas até mesmo contra a existência dos movimentos sociais que promovem a reforma agrária⁽²⁾ e o direito à moradia.

De um lado, é de se lembrar que os interesses autoritários sempre se justificaram através de instrumentos jurídicos. De outro lado, o grau de legitimação que um sistema político reconhece aos grupos sociais define o grau da democracia de uma sociedade. E os movimentos sociais sempre estiveram à frente do processo histórico, pois são motivados pelas necessidades da existência. No Estado Democrático de Direito, a igualdade substancial deve condicionar a igualdade de todos perante a lei, e cumpre ao Estado tratar desigualmente os desiguais, compensando proporcionalmente as desigualdades.

Contudo, no Rio Grande do Sul, alguns juristas a serviço do Estado pretendem ver ilegalidade na simples existência de movimentos sociais, a fim de equipará-los ao crime organizado, torná-los clandestinos e agravar a punição de seus integrantes por participarem de ações coletivas, pretendendo que o art. 5º, XVII da Constituição legitime até mesmo a repressão do deslocamento dos integrantes de tais movimentos e a sua investigação, em nítida valorização de um direito penal do inimigo.

Qualquer conduta típica de membros de movimentos sociais é sujeita à persecução penal, nos limites do princípio da imputação pessoal e com todas as garantias constitucionais. Por isso, projetos de lei como o PL 264/2006 do Senado, que pretende prever o esbulho possessório com fins políticos e equipará-lo aos crimes hediondos, é um retrocesso político criminal e até mesmo inconstitucional⁽³⁾. A pena prevista é de 3 a 10 anos de reclusão àquele que cometer ilícitos com suposta motivação política (enquanto o Código Penal comina pena de 4 a 12 anos à lesão corporal seguida de morte), e a justificativa do projeto é que o dolo específico do atual crime de esbulho possessório não abrange a pressão por políticas sociais.

Além de não serem antijurídicas as condutas compatíveis com a democracia⁽⁴⁾,

também se pode aplicar às ocupações de terras e de imóveis ociosos a excludente de ilicitude do estado de necessidade⁽⁵⁾. De um lado, é indifereçável a marginalização social em nosso País, e de outro é preciso reconhecer que há direitos que só podem efetivar-se pela restrição ao direito alheio, por terem uma dimensão jurídica material que se efetiva no espaço social.

Os direitos sociais surgiram devido aos movimentos de massa que enfrentaram a ordem estabelecida, mas isso não garantiu a sua efetivação. Por isso é que **Marilena Chauí** lembra que *“declarado o direito à igualdade, a sociedade pode instituir formas de reivindicação para criá-lo como direito real”*⁽⁶⁾. Mas ao questionarem o pacto individualista da igualdade formal e da democracia representativa, os sujeitos coletivos passam a ser criminalizados como grupos disfuncionais⁽⁷⁾, e o limite do seu espaço social passa a ser sinalizado pelo rigor punitivo-repressivo, que gera o conformismo⁽⁸⁾.

De fato, as instituições jurídicas definem historicamente o que é lícito aos cidadãos, e a definição jurídica de direitos alheios inclui os direitos patrimoniais. Ou seja, a regulação jurídica da convivência social sempre esteve baseada na proteção à propriedade privada. No Brasil, o anacronismo da efetivação de direitos deve-se à cultura patrimonialista, provando que o direito é modelado pelo poder econômico, até mesmo em se tratando do poder punitivo, que se aplica sobre o direito à liberdade⁽⁹⁾.

A proteção penal à propriedade privada constitui o limite às ações lesivas à chamada “paz social”, que nada mais é do que a manutenção das condições da desigualdade social⁽¹⁰⁾, ou seja, da concentração de renda e dos meios de produção, através da especulação imobiliária e da concentração de terras. Porém, não existe uma “paz social”, desde que se entenda a sociedade perpassada por conflitos de interesses. E a democracia reconhece essa pluralidade, regulando a coexistência de grupos com interesses conflitantes.

No entanto, não haveria pluralidade, mas antinomia, se as contradições jurídicas não fossem passíveis de resolução prática. O direito à moradia, por exemplo, está na base da proteção à dignidade humana, mas convive na Constituição com a proteção à propriedade privada. Na interpretação da contradição entre normas, deve-se colocar na balança os direitos envolvidos e relativizar um deles, para que o sistema jurídico seja minimamente desrespeitado (princípio da máxima efetividade). Ora, sem a limitação ao direito à propriedade

não há condições para a concretização dos direitos fundamentais previstos pela Constituição, enquanto a limitação da reforma agrária e do direito à moradia permite apenas a proteção ao direito à propriedade pelo seu valor intrínseco, ou seja, pelo que vale por si só, o que contraria a Função Social da Propriedade, princípio que reflete o ideal democrático através da prevalência reconhecida às políticas sociais que possam beneficiar o maior número de destinatários.

A democracia real só pode existir através da igualdade, garantia do primado do valor da pessoa sobre qualquer outro, o que implica que as propriedades improdutivas ou subutilizadas⁽¹¹⁾ sejam destinadas a um fim social⁽¹²⁾. E enquanto a democracia for apenas formal, os movimentos sociais mobilizam a principal força democrática, e não se deve considerar crime os atos de seus integrantes, devido ao estado de necessidade ou da necessidade exculpante por inexigibilidade de conduta diversa⁽¹³⁾, sempre que estejam de acordo com qualquer direito constitucional, o que materializa o princípio da adequação social⁽¹⁴⁾.

De fato, dentre os fins políticos do Estado Brasileiro está a igualdade, e para a sua efetivação qualquer contradição deve se resolver em seu favor, pois é o princípio mais afim à democracia. Só a igualdade cria condições para a valorização plena da pessoa em uma sociedade, e aplicada à propriedade privada redefine-a como direito social — e não individual — que deve determinar *“as relações dos vários grupos de proprietários e não-proprietários com o sistema de produção”*⁽¹⁵⁾, a fim de realizar socialmente o valor da pessoa, o que só pode ocorrer através de um modelo de Estado liberal mínimo e Estado social máximo⁽¹⁶⁾. Então, a realidade social terá superado a pauperização criada pela oposição do direito material de uma pessoa a todas as outras; até então, não deve ser considerado crime lutar pela sobrevivência, pela realização humana e pela humanização social.

NOTAS

- (1) A legitimidade política é entendida aqui como a idoneidade para intervir diretamente no processo político-democrático, de forma organizada e permanente. O STJ já entendeu que a previsão da reforma agrária pela Constituição (art. 184), implica o reconhecimento de um destinatário desse direito, donde a licitude da ocupação de terras com o fim de pressionar por políticas sociais (STJ, 6ª T., HC 4399-SP – j. 12.3.96).
- (2) **Bernardo Mançano Fernandes** registra que *“a ocupação é uma forma de pressionar o Estado e tem sido bastante eficiente. No Estado de São Paulo, 90% dos assentamentos conquistados resultam de ocupações”* (“O papel do MST na construção da

- democracia". In *Introdução Crítica ao Direito Agrário*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2002, p. 346).
- (3) A liberdade de convicção política (art. 5º, VIII, da CF) faz com que a motivação política de um ato não possa embasar a criação de um tipo penal mais rigoroso. A valoração das ocupações é bem traçada nos seguintes julgados: Ap. 2725503000-Andradina, TJSP, 5ª C. – j. 26.10.2000; e HC 9.896-PR, da 6ª Turma do STJ – j. 21.10.1999.
- (4) Na definição de **Luigi Ferrajoli**, democracia é o regime político que consente o conflito controlado, e legítima a transformação social por meio do dissenso (*Direito e Razão*. São Paulo: RT, 2006, p. 871). Segundo **René Ariel Dotti**, "(...) o conflito é uma forma de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica em choques para o acesso e a distribuição de recursos escassos" (*Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 428).
- (5) Segundo **Rogério Greco** "(...) entre a subsistência dos Sem-Terra e a exploração econômica da terra, aquela deve prevalecer em detrimento desta, podendo-se visualizar, com tranqüilidade, a situação característica do estado de necessidade" (*Curso de Direito Penal*, vol. III, Ed. Impetus, 3ª ed., 2007, p. 155). E **Juarez Cirino dos Santos** afirma que "situações de conflito de deveres ainda mais relevantes são comuns no contexto de condições sociais adversas — a máxima negação da normalidade da situação de fato pressuposta no juízo de exigibilidade" (*Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 341).
- (6) "A sociedade democrática". In *Introdução Crítica ao Direito Agrário*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2002, p. 335.
- (7) **FARIA, José Eduardo**. "Estado, sociedade e direito". In *Qual o Futuro dos Direitos?* São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 117. A evidência da criminalização é a distorção do crime de quadrilha ou bando, pois os movimentos sociais não objetivam o cometimento de crimes, o que se opõe à sua finalidade política.
- (8) **FRANCO, Alberto Silva**. "Os figurantes no sistema prisional". In *Revista do Ilanud*, nº 17. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001, p. 11.
- (9) "(...) A estrutura dos crimes patrimoniais, nos idos de 40, atendia, em suas valorações, à preservação dos direitos patrimoniais dos grupos dominantes em relação aos ataques que se encontravam nos limites ou fora do sistema social" (**FRANCO, Alberto Silva**. "Breves anotações sobre os crimes patrimoniais". In *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001, p. 57).
- (10) "(...) o processo de criminalização é o mais poderoso mecanismo de reprodução das relações de desigualdade (...)" (**SANTOS, Juarez Cirino**. "Prefácio". In *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 18).
- (11) **LINS E SILVA, Evandro**. "Prefácio". In *As Ações Políticas do MST*. São Paulo: Expressão Popular, 2000, p. 18.
- (12) "(...) toda apreciação jurídico-penal das ocupações de terra precisa inicialmente perguntar à Constituição o que é o bem jurídico propriedade. (...) a propriedade erigida à condição de direito público subjetivo deveria extrair, como primeira conclusão, que todos os brasileiros têm direito à propriedade" (**BATISTA, Nilo**. "Ocupações do MST e propriedade". *Boletim IBCCRIM* nº 95. São Paulo, out. 2000).
- (13) Até mesmo a omissão no recolhimento de contri-
- buições previdenciárias por empresas, devido às dificuldades financeiras, tem sido julgada com fundamento no estado de necessidade e na inexigibilidade de conduta diversa. Nesse sentido: TRF2, 3ª T., Ap. 9802189588/ES – j. 22.06.1999; TRF4, Ap. 2002.04.01.052322-1/PR – j. 22.10.2003.
- (14) "A situação de exculpação definida como **desobediência civil** tem por objeto **ações ou demonstrações públicas** de bloqueios, ocupações etc., realizadas em defesa do bem comum, ou de questões vitais da população (...) se baseia na existência objetiva de injusto mínimo, e na existência subjetiva de motivação pública ou coletiva relevante, ou, alternativamente, na desnecessidade de punição, porque os autores não são criminosos — portanto, a pena não pode ser retributiva e, além disso, a solução dos conflitos sociais não pode ser obtida pelas funções de prevenção especial e geral atribuídas à pena criminal" (**SANTOS, Juarez Cirino dos**. *Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 339).
- (15) **BOTTOMORE, Tom**. "Propriedade". In *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 618.
- (16) "(...) se um **Estado Social** pretende ser também um **Estado de Direito** terá de outorgar proteção penal à ordem de valores constitucionalmente assegurados, rechaçando os **postulados funcionalistas** protetores de um determinado status quo" (**BITENCOURT, Cezar Roberto**. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 262).

Irineu João Simonetti Filho
Advogado em São Paulo

O FANTASMA DE LINDBERGH E CATIVEIRO COM MORTE EM SÃO PAULO

Carlos Roberto Bacila

Há três anos foi publicado o livro *Estigmas: Um Estudo sobre os Preconceitos*⁽¹⁾ no qual procurei trazer alguma contribuição ao estudo da criminologia desenvolvendo basicamente três temas que necessitavam de uma melhor precisão conceitual e de um conceito universal para que pudessem ser visualizados nas discussões do dia-a-dia do Sistema Penal, de maneira bastante prática e objetiva. Nada disto teria sido possível sem as sólidas bases dos autores que serviram de sustentação para a tese que sustentei. Na verdade, a minha humilde participação consistiu em ligar os pontos de concepções de fantásticos escritores que ousaram discutir sobre os preconceitos em um nível mais profundo. Em primeiro lugar, atentando para o fato de que os estudiosos não haviam estabelecido as precondições em que os estigmas se estabeleciam⁽²⁾, nem tampouco o seu conceito científico, procurei enfrentar tal missão obtendo os seguintes resultados: I – após fazer uma releitura da História sob a ótica dos estigmas, concluí que o 1) **estigmas não têm fundamento racional**. II – após estudar praticamente todas as maneiras de preconceitos, tais como os que se focam na raça, pobreza, religião, sexo, aparência física, profissão, maneira de ser, necessidades especiais, idade, idealismo e tantos outros, formulei um conceito que penso que terá grande utili-

dade nos estudos gerais e de casos: 2) **estigmas têm aspecto objetivo e subjetivo** e o estigma pode ser conceituado como uma característica objetiva que recebe uma valoração social negativa. O aspecto objetivo é perceptível pelos sentidos: pobreza, comportamento, cor da pele, sexo, atividade religiosa, necessidade especial. O aspecto subjetivo é a avaliação ruim que se faz do portador da marca objetiva: se é pobre é suspeito de crimes contra o patrimônio; se é mulher não é "sujeito o bastante para certos direitos e feitos"; se é portador de necessidade especial "não deve realizar tão bem tal trabalho"; se tem antecedentes criminais "deve agir sempre de maneira perigosa e mentirosa"; se não é adepto da minha religião "deve estar no caminho do mal"; se não tem uma crença religiosa "deve ser um tolo" etc. Daí, culminei com mais uma conclusão, isto é, 3) **estigmas constituem uma espécie de meta-regras**. Meta-regras são regras práticas da sociedade, tais como cumprimentar as pessoas quando as encontramos (bom dia, boa tarde, olá), cantar parabéns no dia do aniversário; a necessidade de pedir licença para passar próximo de outra pessoa, o dever de pedir desculpas quando ofendemos alguém etc. Denominam-se "meta-regras" porque estão além das regras legais (formais), daí **meta-regras**. Se temos muitas meta-regras favo-

ráveis às boas relações sociais e que se solidificaram na história da humanidade provavelmente por questões práticas, tais como demonstrar que se vem em paz ao dizer "— Bom dia!" e que portanto tem base em valores racionais, por outro lado, temos meta-regras que não são racionais ou não tem fundamento histórico plausível, como os estigmas que foram acima descritos "se é portador de necessidade especial não serve para o trabalho"; outro exemplo: "um negro nunca será presidente dos Estados Unidos", ou então, uma afirmação que observei num programa de televisão: "Se Hilary Clinton vencesse as prévias contra Obama, ela venceria as eleições com votação mais expressiva do que ele", insinuando o debatedor que a descendência de Obama o impediria de ser votado etc.

O objetivo deste sucinto escrito é analisar um caso sob a ótica dos conceitos que desenvolvi e verificar que tais abordagens são mesmo pragmáticas conforme mencionei acima. Estes conceitos servem para as relações sociais de uma maneira geral e também para o sistema penal, mais especificamente falando. Assim, aplicando o conceito de *estigmas como meta-regras*, estudei os casos dos mais famosos *serial killers*, demonstrando que, em todos os casos estudados, eles foram descobertos no início de suas atividades criminosas, antes de matar

a maioria de suas vítimas, contudo, em decorrência de não apresentarem os principais estigmas, foram liberados das investigações policiais. Outros ainda jamais foram descobertos provavelmente porque, embora tenham deixado pistas, não apresentavam estigmas e tornaram-se invisíveis para as investigações.

Lindemberg: o caso brasileiro

Contudo, selecionei um caso mais recente, logo após uma série de especialistas na área tecerem seus comentários. Trata-se do cárcere privado efetuado num conjunto habitacional de Santo André⁽³⁾, no Estado de São Paulo, e que teve como autor Lindemberg Alves (22 anos) que no dia 13 de outubro de 2008 invadiu o apartamento de sua ex-namorada Eloá Cristina Pimentel (15 anos) e lá rendeu, além de Eloá, sua amiga Nayara e mais dois adolescentes Iago e Vitor. Estes últimos foram libertados algumas horas após a incursão de Lindemberg no apartamento, mas teriam sofrido agressões de Lindemberg, o que foi mais um indício do que estaria para suceder. Ele também agrediu Eloá, demonstrando que não tinha freios para agir. Avisou que só sairia morto e que não iria para a prisão. No dia seguinte, Nayara também foi libertada. Neste mesmo dia (terça-feira, dia 14) Lindemberg forneceu mais uma prova do que era capaz de fazer. Ele atirou na direção da multidão. Mais tarde, ele atirou novamente. Este tipo de agressão que coloca em risco a vida de pessoas em geral e também dos policiais, pode ser uma indicação de que a polícia deva invadir o cativo e procurar salvar a refém que ali se encontra e cessar mais riscos. A explicação é lógica: se o risco está aumentando, para que esperar que as coisas piorem? Evidentemente que se o autor do cárcere privado estiver calmo, então as regras recomendam que se mantenha a situação estável para tentar desenvolver a “Síndrome de Estocolmo”, uma técnica para propiciar simpatia entre seqüestrador e refém gerada pela crise, mas que se torna discutível no caso em discussão que ambos se conhecem bem e foi justamente a relação continuada que propiciou a crise. Porém, é preciso pensar que o comandante da operação tinha informações que poderiam recomendar aguardar mais, embora os indícios iniciais (agredir os dois primeiros reféns, agredir Eloá, atirar duas vezes contra pessoas, afirmar que só sairia morto e que não seria preso) não fossem nada bons. Entretanto, não há como esconder a realidade. O segundo fato que chama a atenção é trazer novamente para o local uma refém que já havia sido libertada. Nayara é uma adolescente de quinze anos e, quando saiu do cativo, a polícia conseguiu diminuir o risco, retirando um refém do cativo. Mas trazê-la novamente para a área do conflito e permitir que ela voltasse para o cativo, talvez tenha sido

o primeiro caso no Mundo em que a polícia fez a reinserção de um refém num cativo. No dia em que isto ocorreu eu estava lecionando e comentei com meus alunos: como é que ficaria a situação de Nayara se ela fosse ferida? Como explicar que a polícia deixou que ela voltasse para o cativo? Infelizmente, horas depois ela levou um tiro na cabeça, sobrevivendo por muito pouco. Algumas outras coisas ainda não me parecem claras. Por exemplo, o representante do Ministério Público garantiu a integridade de Lindemberg, mas frisou o suficiente que isto dependeria da salvação das reféns? Outra alegação do promotor interessante, no sentido de que a munição dos policiais para a invasão do cativo era de borracha, se comprovada, traz outro fato inédito, que seria utilizar deliberadamente armas inferiores contra um agressor com arma de fogo e munição real. Se isto fez parte do evento, poderia ter permitido que Lindemberg matasse Eloá e ainda atirasse contra a cabeça de Nayara, o que de fato ocorreu. Enfim, o resultado final foi o seguinte: os dois primeiros reféns teriam sofrido algumas violências menos graves. Lindemberg atirou contra a população duas vezes. Nayara foi feita refém, conseguiu sair, a polícia reinseriu a adolescente no cativo e depois ela levou um tiro na cabeça, mas sobreviveu. Eloá sofreu violências durante o tempo em que ficou refém e no final levou um tiro na cabeça e outro na perna e morreu horas depois. O que contribuiu para que tanta coisa acontecesse desta maneira?

É preciso esclarecer que respeito muito as SWAT's brasileiras, as polícias táticas mais treinadas de todas e, em especial a polícia paulista. Se eu tivesse que voltar a atuar num grupo anti-sequestro⁽⁴⁾, seria obrigatória a solicitação para participar de treinamentos nos grupos da polícia civil e militar de São Paulo, tendo em vista a capacidade e seqüência de operações que estes bons policiais realizam. Estes policiais treinam muito, com polícias do mundo inteiro e pensar em insinuar que no caso concreto faltou preparo seria um desatino muito grande. Policiais de outros países também vêm aprender como os nossos grupos táticos. Outro ponto que devemos ressaltar, é o fato de que erros podem acontecer em situações de tamanha gravidade, como por exemplo o erro de um tiro, ou outra precipitação qualquer etc. Então, dois aspectos devem ser salientados: não se discute preparo e capacidade dos policiais que atuaram no caso e nem tampouco a possibilidade de erros. Eu mesmo poderia ter cometido erros mais graves no lugar daqueles profissionais, basta imaginar estar na mesma situação e verificar a imensa dificuldade para lidar com a vida e a morte numa fração de segundos. Não obstante, o que me proponho a fazer é uma análise científica de fatores que podem ter levado os policiais a cometerem alguns equívocos

que não são nem um pouco comuns nestas situações: 1) tolerar sem reação que o autor dos crimes atirasse duas vezes contra pessoas nas ruas; 2) reinserção de refém no cativo, mesmo sabendo que o autor é violento e havia agredido os dois rapazes e a outra refém; 3) ingressar no cativo com munição imprópria. Se isto ocorreu, foi fator que pode ter colaborado para que ele tenha conseguido atingir as duas reféns na cabeça, matando uma delas e ainda tenha lutado contra os policiais.

O que procurarei fazer agora é uma análise sob a ótica das meta-regras estigmas e a sua influência numa atuação tão desastrosa de pessoas tão bem preparadas.

Estigma da mulher

Se os reféns fossem executivos que estivessem apanhando do seqüestrador a administração da crise por parte da polícia seria outra? Os cuidados com o seqüestrador seriam outros? A proteção da vítima seria outra? A resposta policial diante de todas as violências e indícios de riscos do autor seria outra? Penso que sim. Que outros cuidados teriam sido tomados com tão fortes indícios de periculosidade do autor, indícios estes que constituíam crimes sendo praticados dentro do cativo, além do próprio artigo 148 do Código Penal: lesões corporais, disparo de arma de fogo com dolo eventual etc. Então, por que houve tanta aceitação passiva do que estava acontecendo a ponto de deixar uma refém voltar para o cativo? Acredito que tudo isto ocorreu porque se estava reproduzindo um cenário que sempre foi aceitável na maioria dos casos policiais: a violência doméstica. O ex-namorado queria retomar o namoro à força. Isto deve ter sido um motivo de se subestimar o autor do cárcere privado, deixando de adotar os procedimentos padrões que, convenhamos, saíram bastante da rotina anti-sequestro. Mas estes erros são compatíveis com a tolerância do sistema penal de violências brutais de maridos, namorados e ex-alguma coisa das mulheres. Foi assim por exemplo, com Maria da Penha Maia, que no ano de 1983 teve contra si duas tentativas de homicídio, na primeira vez com disparos de arma de fogo e na segunda vez com choques elétricos, até que ela ficou tetraplégica⁽⁵⁾. Por isso a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que trata de violências domésticas, tem este nome. Por ser fato notório o descaso das delegacias, quartéis, promotorias, magistrados⁽⁶⁾ e outros diante das violências contra as mulheres, deixo de mencionar as estatísticas e também a cifra oculta de delitos contra as mulheres. O fato é que, quantas Marias da Penha foram torturadas e sofreram lesões até a morte e cárcere privado diante da aceitação do sistema penal? O estigma da mulher como sujeito passivo, denominei de “vítima aceitável”⁽⁷⁾. O que quero dizer com isto é que uma lesão praticada em situação doméstica, desafortunadamente, por mais atroz que seja, é mais

aceitável do que qualquer outra. Novidade? Nenhuma. Só que se os policiais tivessem orientação em suas academias de que na atividade policial não se deve deixar conduzir por **meta-regras estigmas**, se isto fizesse realmente parte da consciência policial, haveria tanto descuido no caso em discussão? Acredito que não. As mesmas precauções usuais em outras crises policiais seriam adotadas e, se houvesse falhas, o que é humano e aceitável, seriam as falhas comuns que acontecem, como por exemplo, numa troca de tiros na tentativa de defender o refém, atingir o próprio refém.

Estigma do criminoso

Conforme declarações do comandante da operação, Lindenberg, “— *Não possuía antecedentes criminais*”. Na ausência do *estigma do criminoso* o tratamento policial relaxou. Se Lindenberg tivesse praticado alguns furtos e roubos, ele seria considerado um delinqüente que merecia toda a energia policial. Não seria como um jovem adolescente que precisava de todas as chances para sair vivo e responder pelos seus atos. Responderia sim pela sua conduta de vida. A aparência também pode ter contribuído para o relaxamento diante das violências cometidas por Lindenberg, isto é, ele não tinha a “típica expressão de criminoso”. O Sistema Penal de Hitler, por exemplo, defendeu a pena de morte para pessoas que apresentassem horríveis defeitos corporais, independentemente de terem praticado crimes graves ou não⁽⁸⁾. O nazismo tornou oficiais regras de estigmas (e fez toda a Alemanha perecer com isto), enquanto que, atualmente, no sistema penal, os estigmas atuam como meta-regras.

Por outro lado, quando não recaem estigmas sobre o suspeito, ele torna-se “invisível” para o crime. Assim, por exemplo, o *serial killer* de Grenn River, em Seattle, nos Estados Unidos, foi descoberto logo após matar as três primeiras vítimas, mas como ele era branco, casado, empregado, possuía automóvel etc., não foi levado à sério. Precisou matar em torno de setenta mulheres (note bem: mulheres + prostitutas) e esperar décadas até a ciência descobrir o método de leitura do DNA⁽⁹⁾ para “descobrir” o autor. Mas se as suspeitas fossem levadas à sério na época, uma testemunha que quase foi morta por ele e o reconheceu, e a vigilância sobre o assassino teriam produzido provas suficientes para incriminá-lo e proteger as vítimas potenciais.

Com isto, quero dizer que na ausência do estigma do criminoso, Lindenberg fez o que quis e ficou “invisível para o crime”. Afinal, ele “— *Não era parecido com um criminoso*”.

Escolhi o título para este artigo como o “**Fantasma de Lindbergh...**” para lembrar o trágico seqüestro do recém-nascido filho de Charles Augustus Lindbergh que fez a mais famosa travessia aérea de Nova York a

Paris no avião monomotor *Spirit of St. Louis*. No referido seqüestro, Lindbergh assumiu a investigação paralela ao trabalho policial⁽¹⁰⁾, mas depois de um empenho descomunal dele e da polícia e de pagamento de resgate, descobriu-se que o seu filhinho morrera logo após o seqüestro. O suspeito de tão monstruoso crime, Bruno Richard Hauptmann, foi preso e condenado à morte na cadeira elétrica. Ele jurou inocência e as autoridades públicas incluindo o governador do Estado prometeram que a pena seria comutada se ele declarasse a culpa. Mas Hauptmann preferiu morrer alegando inocência. Até hoje existem fortes dúvidas sobre sua autoria. A expressão “**fantasma**”, no caso do famoso aviador, faz alusão aos inúmeros desencontros e fracassos que envolveram as pessoas e as instituições públicas envolvidas, lembrado até hoje como um trauma norte-americano. No caso brasileiro de Lindenberg, o “**fantasma**” simboliza as meta-regras estigmas que influenciaram a tragédia paulista, como verdadeiros fantasmas a assombrar a atuação das autoridades públicas.

Gostaria de dedicar este artigo aos meus grandes amigos de São Paulo, doutoras **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, **Maria Elizabeth Queijo** e **Ana Choukr** e doutores **Maurício Zanoide**, **Fauzi Hassan Choukr**, **Vicente Maggio**, **Baldan** e **Badaró**.

Conclusão

1) Nas **academias de polícia** a inclusão de um estudo sobre as meta-regras/estigmas e o seu induzimento em erro da polícia nas investigações e operações seria muito útil para incrementar o nível de acertos e de solução de casos graves, protegendo as vítimas atuais ou potenciais. A quantidade de casos para estudo é imensa, como por exemplo literatura sobre *serial killer* e no caso acima tratado. 2) Na ausência de estigma não se deve subestimar o **suspeito**, na presença, deve-se respeitar os direitos humanos e conferir as mesmas oportunidades que outras pessoas, desconstituindo ou negando o estigma. 3) A **vítima** deve ser protegida sempre, independentemente de sua condição. No caso comentado, dever-se-ia negar o estigma da mulher como “vítima aceitável” por tratar-se de conflito de relações afetivas.

NOTAS

- (1) **BACILA, Carlos Roberto**. *Estigmas: Um Estudo Sobre os Preconceitos*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- (2) **GOFFMAN, Erving**. *Estigma – Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. 4ª ed., tradução de **Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 1988, p. 11. Na verdade esta constatação de **Goffman** é tão surpreendente ao atingirmos o Século XXI, depois de tanta luta e discussão em torno dos preconceitos que transcreverei para o leitor o trecho em que Goffman constata tal lacuna no que se refere aos estigmas: “*Atualmente, o termo é amplamente usado de maneira um*

tanto semelhante ao sentido literal original, porém é mais aplicado à própria desgraça do que à sua evidência corporal. Além disso, houve alterações nos tipos de desgraças que causam preocupação. Os estudiosos, entretanto, não fizeram muito esforço para descrever as precondições estruturais do estigma, ou mesmo para fornecer uma definição do próprio conceito” (**GOFFMAN, E., op. cit.**, p. 11).

- (3) Informações obtidas na revista *Época*, “Cem horas de agonia”, número 544, de 20 de outubro de 2008. Editora Globo, pp. 124-130.
- (4) Integrei como delegado de Polícia o Grupo Tigre da Polícia Civil do Paraná, fundei a Delegacia contra Seqüestros de Crianças (SICRIDE), atuei em planos no interior do Estado nos quais tive que lidar com seqüestros sem policiais treinados para isto e trabalhei por duas vezes na Delegacia de Homicídios na Capital do Estado. Além disso, treinei com policiais de outros Estados brasileiros, da América Latina, Estados Unidos e Europa. Contudo, se tivesse que retornar para esta área, deveria efetuar novos treinamentos, pois novas técnicas foram aprendidas.
- (5) **HERMANN, Leda Maria**. *Maria da Penha com Nome de Mulher*. Campinas: Servanda, 2007, pp. 13 e segs.
- (6) Sobre a influência das meta-regras/estigmas nas decisões dos magistrados, veja-se, por exemplo, o excelente trabalho de **ALMEIDA, Camila Martins de**. “Estigmas como Meta-Regras da Atuação Jurisdiccional”. In: *Revista Jurídica Themis*. Edição n. 19, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Cimas, 2007/2008, pp. 141-149. Sobre os estigmas e a questão das drogas: **RANGEL, Paulo** e **BACILA, Carlos Roberto**. *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Se pensarmos bem, de que adianta tanto progresso na dogmática penal e processual penal se a seleção de pessoas para o sistema penal é vinculada a estigmas?
- (7) **BACILA, Carlos Roberto**. *Estigmas: Um Estudo Sobre os Preconceitos*. *Op. cit.*, p. 125 e seguintes. Por outro lado, na qualidade de autora, convençionei designar a mulher de “autor insuspeito”. O simbolismo em torno de ser “autor insuspeito” é que a mulher perde a qualificação de ser humano pleno, isto é, não seria “tão capaz” de praticar um crime tanto quanto o homem, na visão estigmatizadora (*op. cit.*, pp. 122 e segs.).
- (8) Assim como queriam os nazistas condenar as pessoas pela conduta de vida, raça, aparência etc. (**MUÑOZ CONDE, Francisco**. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo. Estudos Sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*. Tradução de **Paulo César Busato**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 180. Na referida página, transcreve-se parte do acordo dos promotores gerais da Baviera, no ano de 1944: “*Nas diferentes visitas aos centros penitenciários se observam sempre reclusos que, por sua constituição corporal nem sequer merecem o nome de pessoas; parecem abortos do inferno. Seria desejável que se lhes fotografasse. Também deveria ponderar-se sua eliminação, independentemente da gravidade do delito e da pena a que hajam sido condenados. Só devem exibir-se as fotografias que permitam ver claramente a deformidade.*”).
- (9) Acredito que no Paraná um dos primeiros casos de utilização do exame de DNA para investigação policial foi feito quando eu presidia o Inquérito Policial de investigação do desaparecimento de Leandro Bossi da cidade de Guaratuba e pude comprovar que a criança que havia sido localizada e noticiada amplamente na imprensa nacional como Leandro Bossi, na verdade, não era filho dos pais de Leandro, gerando grande comoção social ao constatar-se que se não tratava de Leandro Bossi.
- (10) Sobre o tema: **DOUGLAS, John** e **OLSHAKER, Mark**. *Mentes Criminosas & Crimes Assustadores*. 2ª ed., tradução de **Octávio Marcondes**, Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, pp. 158-247.

Carlos Roberto Bacila

Doutor em Direito e professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná e da Faculdade Internacional de Curitiba – Facinter. Delegado de Polícia no Paraná

1/2 CALABRESA, 1/2 GARANTIA FUNDAMENTAL

Délio Lins e Silva Júnior

Em artigo publicado no mês de maio de 2006⁽¹⁾, demonstrávamos preocupação com os rumos dados pelos órgãos julgadores à aplicação da Lei 9.296/96, responsável por definir o procedimento a ser seguido pelo juiz para determinar a quebra dos sigilos telefônicos e telemáticos de cidadãos investigados.

Naquela oportunidade, chegamos a dizer que a lei possui um cunho claramente garantista que, contudo, vinha sendo desvirtuado pelos órgãos oficiais responsáveis pelo controle da máquina repressora estatal, valendo destacar o seguinte trecho contido naquele artigo: *“em meio ao emaranhado de leis arcaicas e mal elaboradas que reinam na legislação penal pátria, partindo-se de uma interpretação literal dos dispositivos contidos na referida Lei 9.296/96, é possível vislumbrar uma luz no fim do túnel. Isto porque se trata de uma lei que nasceu sob uma orientação claramente garantista, preocupada em preservar ao máximo os direitos e garantias fundamentais contidas em nossa Carta Magna, salvo em nome da estrita necessidade de sua mitigação e dentro de limites razoáveis.”*

A luz ao fim do túnel ali referida veio com o julgamento, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, do famoso e histórico *Habeas Corpus* de número 76.686, realizado no dia 9 de setembro de 2008, pelo qual restou consignado de forma expressa que as prorrogações das quebras anteriormente decretadas só podem ser efetuadas em atenção ao disposto no artigo 5º, da Lei 9.296/96, ou seja, *“não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”*.

O acórdão do referido julgado sequer foi publicado, mas o entendimento ali esposado já havia ecoado pelos quatro cantos do país e, muito provavelmente, servido de alerta e lição para que todos os magistrados pensassem melhor antes de decretar a mitigação de um direito fundamental consagrado constitucionalmente de forma meramente burocrática e descuidada. Os pingos pareciam ter sido efetivamente colocados nos “Is” e o fim dos abusos freqüentemente cometidos pelas autoridades persecutórias parecia estar a caminho.

O que não se esperava, porém, era que o Supremo Tribunal Federal, guardião maior da nossa Constituição, pouco mais de dois meses depois — dia 20 de novembro de 2008 —, ao apreciar o recebimento da denúncia oferecido no Inquérito 2424, onde como um dos acusados figurava o ministro do Superior Tribunal de Justiça **Paulo Medina**, jogasse por terra toda a lição emanada do Superior Tribunal de Justiça e definitivamente rasgasse a Lei 9.296/96. Foi exata-

mente o que foi feito pela maioria do Plenário daquela Corte Suprema.

Ao se debaterem sobre a análise da preliminar destinada a obter a anulação da prova devido ao excessivo período de monitoramento — no caso concreto de nove meses —, o posicionamento da Corte foi no sentido de que as prorrogações podem se dar indefinidamente, desde que devidamente fundamentadas cada uma das decisões que as deferem. E impõe-se ressaltar que o entendimento perfilhado pela maioria dos ministros nesse ponto foi o de que a correta leitura do artigo 5º, da Lei 9.296/96 — *“não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”* — não seria a mais adequada frente à redação da lei, indiscutível e clara como a luz solar no sentido de limitar eventuais prorrogações a uma apenas, e por igual período, mas sim que o lapso temporal de quinze dias pode ser inúmeras vezes renovado.

Já com relação à outra preliminar relativa às interceptações telefônicas e telemáticas ali argüidas, a ausência de transcrição das ligações interceptadas no período monitorado, foi mais além o Plenário daquela Corte Suprema e seguiu o voto condutor do ministro **Cezar Peluso** para decidir que embora o artigo 6º, § 1º, daquela lei, expressamente disponha que *“no caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição”* a mesma se faz dispensável quando os áudios são entregues à defesa, sob a justificativa de que a transcrição seria mera imposição legal formal e sem qualquer razoabilidade, que impossibilitaria o julgamento final do processo devido ao grande volume de diálogos captados — no caso dos autos nada mais nada menos do que quarenta mil horas.

O que deixaram os eminentes ministros de notar é que este último posicionamento, absolutamente desprovido de qualquer suporte na lei, anda de mãos dadas com o primeiro e nada mais é do que o resultado final de uma verdadeira bola de neve que chegou agora ao seu ápice de crescimento, criada pela benevolência da jurisprudência pátria, e que parece ter acarretado, quiçá definitivamente, o sepultamento da Lei 9.296/96.

Tal assertiva é facilmente comprovada se confrontado o texto seco da lei com o desenvolvimento jurisprudencial acerca do tema.

Trata-se de uma lei que trata as interceptações telefônicas e telemáticas como uma exceção a ser utilizada quando, e somente quando, não houver outros meios de prova que possam obter sucesso, mas que,

na verdade vem sendo utilizada, em regra, como o único meio de prova a subsidiar as cada vez mais fantasiosas e absurdas denúncias oferecidas pelo Ministério Público; trata-se de uma lei que veda a quebra dos referidos sigilos quando não houver indícios de autoria, mas que é utilizada exatamente para se chegar a ela, depois de quebrados sigilos de determinados números telefônicos, sem sequer se saber quem é o proprietário dos mesmos; trata-se de uma lei que exige fundamentação concreta para que sejam decretadas as quebras dos sigilos telefônicos e telemáticos, mas que na verdade não é respeitada, pois as quebras, suas prorrogações e extensões para outros números se dão de forma genérica e como mera continuação burocrática da devassa estatal à intimidade das pessoas; trata-se de uma lei que restringe a quebra dos sigilos por ela mitigados a um prazo certo e determinado de quinze dias, renováveis por igual período, mas que vem sendo admitida por anos a fio; trata-se, por fim, de uma lei que exige a transcrição das ligações gravadas, a fim de que à defesa seja oportunizada a escolha das ligações que aos seus olhos interessem ao bom andamento do processo, mas que agora, infelizmente, com o aval do Supremo Tribunal Federal, dispensa-se em nome do excessivo volume de ligações gravadas.

Depreende-se daí, portanto, que se a lei fosse cumprida, e o prazo nela expresso fosse respeitado, não existiriam, como no caso concreto aqui tratado, quarenta mil horas de ligação a serem ouvidas pela defesa, esta, diga-se de passagem, sem qualquer conhecimento técnico que ao menos possibilite identificar de quem são as vozes gravadas ou a inteireza e legalidade dos diálogos interceptados.

A lei foi feita para trinta dias, e não meses ou anos ininterruptos. Por isso o grande volume de ligações e impossibilidade de transcrições. Os questionamentos que ficam são: é certo que fiquemos a mercê das interpretações feitas pelos hermeneutas anônimos da Polícia Federal, tidas por indiscutíveis pelos juízes, sem ter direito ao acesso às transcrições das ligações gravadas? É certo que garantias fundamentais sejam mitigadas, em desacordo com a lei que rege a matéria, e em nome tão somente da dificuldade estatal de cumprir a lei? As respostas, embora nos pareça óbvio que deveriam ser negativas, caminham em sentido oposto. Torçamos para que a ressalva feita mais de uma vez pelo ministro **Eros Grau** durante o julgamento aqui comentado, ao destacar que seu entendimento acerca do assunto só se aplicava a *“este caso”*, se sobressaia e o posiciona-

A “NOVA” LACUNA NO SISTEMA LEGAL DE NULIDADES CAUSADA PELA REFORMA PROCESSUAL

Antonio Santoro

É cediço entre os aplicadores do Direito que a disciplina das nulidades forjada pelo nosso Código de Processo Penal não contém uma sistematização coerente⁽¹⁾, porquanto, ao lado de um extenso rol de casos de nulidades, insere regras gerais abrindo margem para aplicação interpretativa a cargo do juiz que, necessariamente, deve declarar o ato inválido, uma vez que o vício não pode por outra forma ser reconhecido e declarado. Não se olvide, demais disso, a mudança de ordem constitucional operada em 1988, que encerrou outros tantos casos de nulidades decorrentes de violações das normas magnas e, sobretudo, de princípios que dão concreção a direitos fundamentais cuja violação enseja a declaração de nulidades que vão além do rol previsto no art. 564 do Código de Processo Penal.

Em que pese a crítica tecida à falta de teleologia do pseudo sistema que nosso ordenamento encerra, sempre foi por toda doutrina reconhecido uma teoria geral das nulidades segundo a qual, em regra, os vícios dos atos podem inquiná-los de inexistentes ou nulos, malgrado **Helio Tornaghi**, isoladamente, ainda distinga os atos nulos dos atos anuláveis⁽²⁾.

Os atos inexistentes, que também podemos chamar de *não-atos*⁽³⁾, decorrem da falta de um ato e não há sequer que se falar em invalidação, pois o ato não existe, como ocorre, *exempli gratia*, com a falta de citação⁽⁴⁾.

Ainda no que respeita à teoria geral das nulidades, temos que as nulidades podem ser classificadas em *absolutas* ou *relativas*. Ambas devem ser declaradas pelo juiz, porém podemos identificar, basicamente, quatro diferenças:

(1) No caso da nulidade absoluta a declaração pode ser feita de ofício, ao passo que a nulidade relativa precisa ser provocada mediante arguição da parte prejudicada pela produção do ato nulo;

(2) O princípio *pas de nullité sans grief* é aplicável a ambas, ou seja, somente haverá declaração de nulidade do ato que, em razão do vício, causou prejuízo à parte, como dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, porém o prejuízo dos atos eivados de nulidades consideradas absolutas é presumido, presunção *jure et de jure*⁽⁵⁾, que não admite prova em contrário, ao passo que os atos eivados de vícios considerados relativos dependem de prova do prejuízo causado à parte que arguiu a nulidade;

(3) A nulidade absoluta pode ser argüi-

da a qualquer momento, inclusive, como já dito ser reconhecida de ofício, ao passo que a nulidade relativa, não apenas deve ser argüida pela parte prejudicada, como o momento para arguição da nulidade relativa é próprio, não se podendo fazê-lo posteriormente;

(4) O ato eivado de nulidade relativa que não for argüido no momento oportuno é sanado, ou seja, torna-se válido, como preceitua o art. 572 do Código de Processo Penal, enquanto o ato eivado de nulidade absoluta não se convalida nunca, nem mesmo depois da sentença condenatória irreversível.

Uma vez reconhecida a nulidade de um ato, cuja nulidade não tenha sido sanada, o juiz deve declará-la, pronunciando a que atos ela se estende. Uma vez reconhecidos os atos que foram atingidos pela declaração de nulidade, deverão os mesmos ser renovados ou retificados, conforme regra disposta no art. 573 do Código de Processo Penal.

Com efeito, esta teoria geral das nulidades, exposta acima em brevíssimo apanhado, em nada foi modificada pela reforma do Código de Processo Penal, mesmo porque esta alterou os dispositivos referentes ao Tribunal do Júri (Lei nº 11.689/2008), às provas (Lei nº 11.690/2008) e aos procedimentos (Lei nº 11.719/2008).

O problema está na letra morta em que se tornou a maior parte do art. 571 do Código de Processo Penal e a verdadeira ruptura sistemática que esta derrogação provocou. Senão vejamos:

A maneira técnica de se classificar uma nulidade como relativa ou absoluta é a interpretação sistemática dos dispositivos do Código de Processo Penal com a Constituição.

Uma vez violada a Constituição pela prática de um ato processual, por ser a norma constitucional estabelecida em prol do interesse público, esta nulidade é absoluta⁽⁶⁾.

De outro ponto, para identificar-se uma nulidade é relativa ou absoluta quando o ato viola uma norma infraconstitucional, deve-se fazer uma leitura teleológica dos dispositivos do Código de Processo Penal de maneira que o seu entendimento permita classificar operar a classificação. Com efeito, o art. 572 do referido Diploma Legislativo, quando estabelece a listagem de nulidades que poderão ser consideradas sanadas, na verdade declarou os casos de nulidades relativas, porque estas são as únicas que se podem sanar.

Ora, se o dispositivo referido lista os casos de nulidades relativas, é porque estas nulidades, como diz o inciso I do próprio artigo, para serem declaradas devem ser argüidas em momento oportuno, qual seja, os momentos previstos no art. 571 do Código de Processo Penal.

Chegamos ao problema fático. O referido art. 571 do Código de Processo Penal prevê 8 (oito) momentos em que as nulidades relativas devem ser argüidas, que variam conforme o procedimento adotado para julgamento do fato levado à apreciação do Poder Judiciário. Ocorre que as disposições sobre os procedimentos foram alterados pela recente reforma processual, como já visto anteriormente, de sorte que os incisos do art. 571, que faziam referência a outros dispositivos perderam o sentido. Vejamos cada inciso:

“Art. 571. As nulidades deverão ser argüidas:

I – as da instrução criminal dos processos de competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406;”

O antigo art. 406 do Código de Processo Penal previa o momento em que as partes apresentariam suas alegações finais escritas, no prazo de 5 (cinco) dias, na primeira fase do procedimento do júri, que se passa perante um juiz togado. Era, portanto, nas alegações finais que as partes deveriam argüir as nulidades relativas. Com a alteração realizada pela Lei nº 11.689/2008, o novel art. 406 prevê que o juiz ao receber a denúncia ou queixa, mandará citar o acusado para responder a acusação no prazo de 10 (dez) dias. Ora, ainda que se diga que este é o momento para argüição das nulidades relativas no procedimento do júri, não se deve esquecer que o art. 571 não prevê nenhum outro momento para argüição de nulidade antes da pronúncia, de tal forma que a interpretação literal do art. 571 combinado com o art. 406, ambos do CPP, levaria ao absurdo de que não é possível argüir nulidades relativas ocorridas entre a apresentação de defesa escrita, que ocorre no início do procedimento, e a pronúncia, devendo aquele que for prejudicado pela prática de um ato eivado de nulidade relativa suportar os efeitos prejudiciais do mesmo, por não haver momento próprio para sua argüição.

“II – as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500;”

O antigo art. 500 previa que, encerrada a

instrução e concluídas as diligências, se requeridas, as partes teriam 3 (três) dias para apresentar alegações finais escritas. Este era o momento para argüição de nulidades relativas. O art. 500 foi revogado pela Lei nº 11.719/2008. Pergunta-se: não há mais momento para argüir nulidades relativas ocorridas nos procedimentos ordinário e especiais? Não podemos chegar a este absurdo.

“III – as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou, se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes;”

O antigo art. 537 tratava do prazo de 3 (três) dias, logo após o interrogatório, em que o acusado podia apresentar defesa prévia. Este era o momento para argüir nulidades relativas até o ato de interrogatório. A Lei nº 11.719/2008 revogou o art. 537. Mais uma vez, pergunta-se: não há mais momento para argüir nulidades relativas ocorridas no procedimento sumário? É bem verdade que este inciso, especificamente, determinava que as nulidades ocorridas depois da defesa prévia (que não existe mais como antes era regulada), seriam argüidas logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes. Esta determinação é possível manter, tendo em vista que o interrogatório já não mais se realiza antes da audiência de instrução e julgamento em um ato a parte? Não pensamos que esta seja a interpretação mais consentânea com as exigências de realização teleológica do processo como um sistema e as nulidades como um subsistema deste.

“IV – as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência;”

Este não foi alterado, mantendo-se integralmente aplicável.

“V – as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447);”

Antigamente o art. 447 dizia que o presidente do Tribunal do Júri abriria a sessão, tomando algumas atitudes, e, por fim, anunciando o julgamento e apregoando as partes, ao passo que hoje o art. 447, alterado pela Lei nº 11.689/2008, diz apenas que o Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento, mais nada, sendo absolutamente incompatível esta disposição com a determinação de um momento para argüição de nulidade relativa. Pergunta-se, mantém-se o momento de argüição de nulidade com a abertura da sessão, após o compromisso dos jurados, a que se refere o atual art. 472 do CPP, ou em outro momento?

“VI – as de instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal

e dos Tribunais de Apelação, nos prazos a que se refere o art. 500;”

Este dispositivo já se encontrava revogado tacitamente pela Lei nº 8.038/90

“VII – se verificadas após a decisão da primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes;”

Como este inciso não faz referência a artigo de lei específico, mas a momento processual que continua existindo na sistemática procedimental atual, nada muda quanto à sua disposição.

“VIII – as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.”

O mesmo que foi dito, com relação ao inciso anterior a este se aplica, ou seja, como não faz referência a artigo de lei específico, mas a momento processual que continua existindo na sistemática procedimental atual, nada muda quanto à sua disposição.

Assim, podemos dizer que fora o inciso VI, que já estava tacitamente revogado, e os incisos IV, VII e VIII, cujo texto não remete a alterações da reforma processual, todos os demais incisos foram atingidos de tal forma que sua aplicação prática tornou-se impossível.

O que fazer com esta nova lacuna criada pela reforma processual? Transformar todas as nulidades em absolutas, já que não existe na lei a previsão expressa do momento oportuno para argüir as nulidades relativas? Determinar que estas nulidades devam ser declaradas na primeira oportunidade em que a parte prejudicada falar nos autos?

Neste ponto nos remetamos à lição de **Norberto Bobbio** em sua formulação da Teoria do Ordenamento Jurídico⁽⁷⁾, a qual, segundo o próprio filósofo, é a maior contribuição do positivismo para o Direito. De fato, independente do fundamento filosófico em que se fulcre o pensamento do intérprete, a compreensão do Ordenamento como um sistema que tem por dogma a *completude* é uma necessidade. Sobretudo se, como o próprio **Bobbio**, admitirmos que há lacunas *próprias* no Ordenamento, ou seja, espaços que não decorrem da incompatibilidade entre a ideologia ideal do sistema e suas normas, mas na falta de norma internamente ao próprio sistema. Esta lacuna própria pode ser completada pelo intérprete, recorrendo à *analogia legis* ou à *analogia juris*. A primeira é a busca de solução para um fato em norma semelhante, ao passo que a segunda é a busca da solução nos princípios gerais.

Rompendo com a ideologia avalorativa positivista, temos que o sistema deve ser completo também pela coerência dos valores que encerra. Daí porque, no caso presente, esta lacuna própria do Ordenamen-

to precisa ser preenchida com a aplicação dos princípios gerais do processo penal.

Em primeiro lugar devemos ter como certo que a reforma processual não eliminou a diferença entre nulidades absolutas e nulidades relativas, haja vista que o art. 572 do CPP é vigente e aplicável. Portanto, não podemos adotar a solução de simplesmente igualar as nulidades e fazer letra morta aquilo que ainda vige.

Em segundo lugar, é insensível limitar os direitos à ampla defesa dos acusados em um processo penal limitando seu momento de argüição de nulidades relativas ao primeiro momento em que o mesmo tiver a oportunidade de falar nos autos após a prática do ato nulo. Seria uma violação não apenas do princípio da ampla defesa, mas também do *favor rei*.

Desta forma, não temos dúvida em afirmar que o momento para argüir as nulidades relativas é o último ato processual a ser praticado pela parte prejudicada pela nulidade antes do juiz proferir a sentença, o que ocorreria nas alegações finais, que hoje são, em regra, orais. Assim, estaria sendo mantida a integridade do sistema, sem desnaturar a classificação das nulidades e sem eliminar os direitos e garantias do cidadão. De outra maneira, o sistema processual penal brasileiro de matiz acusatória e garantista restaria irremediavelmente desfigurado.

NOTAS

- (1) **Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, As Nulidades no Processo Penal**, 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31.
- (2) **Helio Tornaghi, Instituições de Processo Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 64/65.
- (3) **Ada Pellegrini Grinover et al., op. cit.**, p. 22.
- (4) **Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal**, 3ª vol., 24ª ed., São Paulo, 2002, p. 115.
- (5) **Fernando da Costa Tourinho Filho, op. cit.**, p. 119, afirma que há presunção absoluta de prejuízo no caso de nulidades absolutas, ao passo que **Ada Pellegrini Grinover et al., op. cit.**, p. 33, afirma que não é caso de presunção de prejuízo, mas de *evidência* de prejuízo, pois entende que as presunções normalmente admitem a inversão do ônus da prova, problema que parece não existir na doutrina de Tourinho na medida em que a presunção por ele sustentada é *jure et de jure*.
- (6) **Ada Pellegrini Grinover et al., op. cit.**, p. 29.
- (7) **Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico**, 10ª ed., tradução **Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos**, Brasília: UnB, 1999.

Antonio Santoro

Doutor e mestre em Filosofia do Direito pela UFRJ; mestrando em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada/Espanha; especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/Portugal; especialista em Direito da Economia pela FGV/RJ; professor da Universidade Veiga de Almeida e Universidade Gama Filho; advogado

MANIFESTAÇÃO DO ASSISTENTE TÉCNICO E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEIO DE PROVA ATÍPICO. PROCEDIMENTO.

Fernanda Regina Vilares e Mariângela Lopes

A reforma do Código de Processo Penal inseriu expressamente um novo meio de prova, qual seja, a manifestação do assistente técnico a respeito do material probatório que serviu de base à perícia. Trata-se da conclusão daquele técnico não oficial, indicado pelas partes.

Ocorre que o Código, apesar de tipificar o novo meio de prova, não indica qual procedimento deve ser respeitado quando da sua realização e introdução nos autos.

Para melhor clareza deste artigo, importante trazer alguns aspectos referentes à tipicidade do sistema probatório para, posteriormente, indicar uma proposta sobre o procedimento que deve ser respeitado quando da produção do meio de prova advindo da manifestação do assistente técnico.

Sobre a tipicidade probatória, um dos temas mais atuais e discutidos no processo penal brasileiro, alguns conceitos vêm sendo destacados pela doutrina.

Fontes de prova são as pessoas ou coisas pelos quais se podem obter elementos de prova. Exemplifica-se: documentos, objetos e testemunha⁽¹⁾.

Meios de prova se constituem na atividade através da qual se introduz um elemento de prova no processo. Exemplo: testemunho, confronto etc.⁽²⁾

Elementos de prova são os dados utilizados pelo juiz ao realizar a sua atividade inferencial. Exemplifica-se: declarações de testemunha, expressões contidas em documentos etc.⁽³⁾ É com base nos elementos de prova que se desenvolve o processo intelectual do juiz e é formado o resultado da prova.

Assim, o resultado da prova somente será obtido se o juiz tiver em mãos elementos de prova, introduzidos através da realização de meios de prova.

Pode-se dizer que a manifestação técnica de *experts* se configura em meio de prova, que se assemelha à perícia oficial, por produzir dados no processo a serem analisados pelo juiz no momento da sua sentença.

Conforme Antonio Magalhães Gomes Filho: “Da mesma forma como ocorre em relação ao perito, o assistente técnico é pessoa dotada de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, que traz ao processo informações especializadas, relacionadas ao objeto da perícia”⁽⁴⁾.

Os meios de prova podem ser típicos e atípicos⁽⁵⁾.

Apresentando um conceito ampliativo, são meios de prova típicos aqueles que são catalogados e regulados em lei, com a indicação de um procedimento para a sua realização. Meios de prova atípicos podem se

constituir: 1. nos meios de prova não arrolados na lei, ou; 2. nos meios de prova apenas nominados pela norma, mas sem previsão de um procedimento.

No caso de meio de prova típico, em que há um procedimento expresso em lei, deve este ser respeitado, sob pena de nulidade. Não se pode criar outro procedimento, desrespeitando aquele disposto pela lei (o que levaria à irritualidade⁽⁶⁾) ou utilizar outro procedimento previsto na legislação para meio de prova diverso (o que levaria à anomalia⁽⁷⁾).

A questão surge quando se trata de meio de prova atípico, ou seja, aquele meio de prova nominado⁽⁸⁾ ou não pela lei, mas sem indicação do procedimento. É neste contexto que se encontra a manifestação do assistente técnico, pela nova sistemática processual penal brasileira.

Com efeito, o § 3º do novo artigo 159 faculta às partes a indicação de assistente técnico. Contudo, o único dispositivo legal que regulamenta esta nova figura é o parágrafo subsequente do mesmo artigo, segundo o qual o juiz deverá declarar a admissão do assistente técnico no bojo do processo mediante decisão a ser prolatada após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais.

Ante o exposto, concluímos que não foi estabelecido procedimento a ser observado no desenvolvimento da atividade do assistente técnico, o que nos leva à indagação acerca de qual procedimento deve ser respeitado para a produção desse meio de prova.

Nos casos em que o assistente técnico se valer do material utilizado pelo perito e refizer exames específicos, estaremos de diante de um meio de prova⁽⁹⁾, porquanto se objetiva trazer aos autos novos elementos probatórios. Nesse caso, estaríamos diante de um meio de prova atípico já que, apesar de nominado, não dispõe de um procedimento previsto em lei.

Nestas situações, a doutrina orienta que, para a realização do meio de prova apenas nominado, utilize-se do procedimento previsto em lei para um meio de prova análogo.

Considerando a grande semelhança desta figura com aquela do perito, e a disposição topográfica dos preceitos legais que tratam de ambas, chegamos à conclusão de que as regras sobre o procedimento a ser aplicado para a perícia devem ser aplicadas analogamente à assistência técnica. Assim, estará solucionado o dilema acerca do procedimento a ser respeitado quando da produção deste novo meio de prova, porquanto passará a ser previsto sem procedimento próprio, mas com procedimento legal apto à aplicação.

Do mesmo modo que as perícias, quando indicado um assistente técnico por uma das partes, devem ser dadas oportunidades a ambas as partes para que apresentem seus quesitos, bem como, será permitido à parte que indicou o assistente técnico requerer a oitiva deste na audiência para esclarecimento da prova ou resposta a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidos sejam encaminhados a ele que, se preferir, poderá apresentar suas respostas em laudo complementar (artigo 159, §§ 3º e 5º, do CPP).

NOTAS

- (1) LARONGA, Antonio. *Le Prove Atipiche nel Processo Penal*. Editora CEDAM, 2002.
- (2) LARONGA, Antonio. *Le Prove Atipiche nel Processo Penal*. Editora CEDAM, 2002.
- (3) LARONGA, Antonio. *Le Prove Atipiche nel Processo Penal*. Editora CEDAM, 2002.
- (4) GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Reformas no Processo Penal*. Coordenação: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 278.
- (5) TONINI, Paolo. *A Prova no Processo Penal Italiano*, Editora Revista dos Tribunais. FERNANDES, Antonio Scarance. “Prova e Sucedâneo da prova no processo penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 66.
- (6) GOMES FILHO, Antonio Magalhães e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Prova e Sucedâneos da Prova no Processo Penal Brasileiro*. DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal. Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas*. Editora Millenium, 2008, p. 155.
- (7) GOMES FILHO, Antonio Magalhães e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Prova e Sucedâneos da Prova no Processo Penal Brasileiro*. DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal. Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas*. Editora Millenium, 2008, p. 155.
- (8) DEZEM, Guilherme Madeira. *Da Prova Penal. Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas*. Editora Millenium, 2008, p. 155. O autor define prova nominada como sendo “aquela que se encontra prevista em lei, com ou sem procedimento probatório previsto. Há, aqui, apenas a previsão do nomen juris do meio de prova”.
- (9) Já no caso em que o assistente técnico apenas emite uma opinião valorativa acerca de elementos já contidos no processo, não podemos falar em meio de prova. No que se refere à assistência técnica consistente em mera opinião de especialista sobre elementos de prova do processo, algo que sempre foi utilizado no processo penal brasileiro, sobretudo quando se trata da opinião de juristas de renome, não há razão para se alterar a prática.

Fernanda Regina Vilares

Procuradora da Fazenda Nacional, mestranda em Direito Processual Penal pela USP

Mariângela Lopes

Advogada, mestre e doutoranda em Direito Processual Penal pela USP

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A DIMENSÃO POLÍTICO-CRIMINAL DO INTERROGATÓRIO NO PROCESSO PENAL

Reinaldo Daniel Moreira

A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A DIMENSÃO POLÍTICO-CRIMINAL DO INTERROGATÓRIO...

O interrogatório passou por significativas alterações no processo penal brasileiro. A doutrina discutia até mesmo sua natureza jurídica, ou seja, se constituía meio de prova, por sua localização topográfica no Título pertinente a provas no CPP, ou se seria um meio de defesa⁽¹⁾. Prevalencia o entendimento conciliatório, que apontava ambas as características, tanto instrutória quanto defensiva, no ato. Atualmente, todavia, seu aspecto de ato de defesa ganha vigor. Nas palavras de **Ada Grinover**: “segundo a moderna doutrina processual, o interrogatório, muito mais do que meio de prova (embora as afirmações do suspeito ou acusado possam constituir fonte de prova), é considerado meio de defesa”⁽²⁾.

Assim, com o advento da Lei 10.792/2003, foi realçado o caráter defensivo do interrogatório. Anteriormente, o interrogatório assumia feições de ato nitidamente judicial. Acusação e defesa não tinham participação na oitiva do denunciado. Contudo, a lei inovou, prevendo no artigo 188 do Código de Processo Penal a possibilidade de pedido de esclarecimentos ao interrogando. E mais, no artigo 185, *caput* do CPP, estabeleceu a imprescindibilidade da defesa técnica na realização do ato, e no § 2º do mesmo artigo, estatuiu a necessidade de entrevista prévia do acusado com seu defensor, além de expressamente consagrar, no artigo 186 do CPP, o direito ao silêncio, já decorrente, ainda que implicitamente, de imperativo constitucional.

Porém, em termos procedimentais, o caráter defensivo do interrogatório não era em plenitude atendido. A regra era que o interrogatório inaugurava a instrução criminal. Primeiramente, ouvia-se o acusado, e depois eram colhidas as demais provas. Nas palavras de **Fauzi Hassan Choukr**: “A partir da compreensão que se tenha do ato de interrogatório inúmeras consequências advirão. Uma delas é a colocação tópica do ato. Não por acaso, entendido pelo Código de Processo Penal como meio de prova, aloca-se no Título VII do Livro I do Código, exatamente do que trata da prova e, no desenvolvimento do procedimento ordinário é ele o primeiro ato de ‘instrução’ quebrando, assim, a clássica idéia que a defesa tem a palavras por último. Ao concebê-lo como meio de defesa — melhor aceção dentro da estrutura acusatória — o interrogatório deveria encerrar o procedimento”⁽³⁾.

No Direito brasileiro, a única exceção que se conhecia, em que o interrogatório encerrava a instrução em audiência, era o rito sumaríssimo da Lei 9.099/95, conforme a previsão de seu artigo 81. Tal sistemática sempre foi aplaudida pela doutrina,

apontada como medida de garantia da ampla defesa⁽⁴⁾. Afinal, o acusado teria ciência de toda a prova contra si foi produzida, podendo ao final rebatê-la.

Em franco avanço político-criminal, a recente reforma do Código de Processo Penal estatuiu, como padrão procedimental, a alocação do interrogatório no final da audiência de instrução e julgamento. Tanto a Lei 11.689/2008, reformadora do procedimento especial do Tribunal do Júri, quanto a Lei 11.719/2008, que, dentre outros assuntos, trata da reforma dos procedimentos, densificaram no CPP a marca defensiva do interrogatório, como verdadeiro instrumento de autodefesa do acusado. Como observa **Eugênio Pacelli de Oliveira**: “Como ele, agora, será o último a ser ouvido, poderá, livremente, escolher a estratégia de autodefesa que melhor consulte aos seus interesses”⁽⁵⁾.

Assim, no procedimento especial do Tribunal do Júri, e no procedimento comum (ordinário, sumário e sumaríssimo), a regra atualmente é o interrogatório no fim da instrução. E, como o procedimento comum serve de *standard* para os demais, mesmo os procedimentos tidos como especiais, como é o caso do procedimento de crimes funcionais e dos delitos contra a propriedade imaterial, e ainda de algumas leis especiais, como a Lei de Falências, se amoldam, em certa fase do procedimento, ao rito comum, seguindo esse mesmo regramento.

É certo que ainda se encontram em vigor procedimentos em que, destoando de tal sistemática, o interrogatório se situa no início da instrução. É o caso, por exemplo, da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), que, apesar de relativamente recente, no seu artigo 57 estruturou seu procedimento nos moldes de outrora, com o interrogatório inaugurando a instrução oral. Nada mais fez do que seguir o modelo que dominava quando de sua entrada em vigor. O mesmo ocorre, ainda exemplificativamente, no procedimento criminal previsto na Lei de Imprensa e também no procedimento criminal disciplinado no Código Eleitoral, em que, até dezembro de 2003, sequer havia a previsão de interrogatório. Nos delitos de competência originária dos tribunais, igualmente, o interrogatório é no início do processo, nos termos da Lei 8.038/90.

Espera-se que, em homenagem à ampla defesa e seu significado político-criminal em um Estado Democrático de Direito⁽⁶⁾, no futuro torne-se imperativa, para todos os procedimentos, a instalação do interrogatório no encerramento da instrução. Contudo, uma questão que pode suscitar con-

trovérsias é se, mesmo no caso de procedimentos em que hoje se tem a previsão legal do interrogatório no início da instrução, como no caso da Lei 11.343/2006, poderia o juiz proceder ao interrogatório no final da audiência. A princípio, nada impede, mas ao contrário, até parece conveniente, que nestes casos também o magistrado, ainda que em interpretação *contra legem*, possa interrogar o acusado no final instrução. Afinal, assim estará homenageando o ditame constitucional da ampla defesa, além de estar afinado à nova percepção do legislador acerca do *locus* adequado do interrogatório em uma estrutura procedimental comprometida com a reafirmação dos valores constitucionais. Contudo, não faltariam aqueles que, em nome da observância do procedimento firmado em lei, questionariam a medida.

NOTAS

- (1) **José Frederico Marques**, considerando a localização do interrogatório no Código de Processo Penal, era categórico ao afirmar que: “O interrogatório é, atualmente, meio probatório, pois que, entre as provas, o arrolou o Código de Processo Penal” (**MARQUES, José Frederico**. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 02. 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, p. 386). Entendendo tratar-se de meio de prova, que pode, eventualmente servir à defesa: **TORNAGHI, Hélio**. *Curso de Processo Penal*. v. 01. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 359-360.
- (2) **GRINOVER, Ada Pellegrini**. “A Reforma do Processo Penal”. In: **WUNDERLICH, Alexandre** (org.). *Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 08. Em sentido semelhante: **LOPES JR., Aury**. *Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional*. v. 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 598.
- (3) **CHOUKR, Fauzi Hassan**. *Código de Processo Penal: Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 343.
- (4) Nesse sentido: **JARDIM, Afrânio Silva**. “Juizados Especiais Criminais (Lei 9099/95)”. In: *Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 366.
- (5) **OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de**. *Curso de Processo Penal*. 10ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 326.
- (6) Acerca do significado da ampla defesa para um Estado de Direito, conferir: **ROXIN, Claus**. “Presente y futuro de la defensa en el proceso penal del estado de derecho”. In: *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal*. Traducción de **Oscar Julián Guerrero Peralva**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 39-70.

Reinaldo Daniel Moreira

Advogado; professor de Direito Processual Penal na especialização em Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora; professor de Direito Processual Penal e Direito Penal na Faculdade Metodista Granbery, de Juiz de Fora; Mestre em Direito Público pela UERJ

DO JOGO À “PELADA” PROCESSUAL: O PROCESSO PENAL SEM JUIZ

Daniel Gerber e Marcelo Mayora

As transformações ocorridas no âmbito do Direito Penal, que teve de abdicar de algumas de suas categorias clássicas para poder lidar com os desafios impostos pelas novas demandas punitivas, refletiram-se imediatamente no processo penal, instrumento sem o qual o Direito Penal “*não consegue atingir um fio de cabelo da pessoa*” (Julio Mayer). Assim, paralelamente à expansão do Direito Penal, possível verificar que estamos diante de um “novo processo penal”, que surge a partir de diversas leis criadas com o nítido objetivo político-criminal de perseguir de forma efetiva a “criminalidade contemporânea”. Logicamente que a persecução de condutas tão díspares, como matar alguém ou sonegar impostos — cujos únicos elementos em comum são a unificação imprópria no conceito de delito e a consequência jurídica da infração à norma proibitiva (pena) — não pode ocorrer da mesma forma, mormente porque os objetivos são diferentes. Isso não significa, entretanto, que os papéis da “cena jurídica” devam ser redefinidos, sob pena de severa contaminação do juiz para com a tese acusatória. E, não obstante a crítica doutrinária à figura do “juiz-inquisidor” seja uma constante, tem-se que na atual configuração persecutória de delitos complexos, o magistrado — que antes apenas aguardava inerte (salvo raras exceções) a conclusão da investigação preliminar e a denúncia oferecida pelo Ministério Público — participa ativamente da fase pré-processual, mormente deferindo medidas cautelares, onde um pré-julgamento explícito da matéria acaba por ocorrer. Esse é objeto que pretendemos, brevemente, analisar.

Considerações sobre a contaminação do magistrado ante contato direto com a autoridade policial – o círculo comunicativo como fonte ideológica (in)consciente do ato de decidir

Não obstante o bom relacionamento entre as instituições públicas ser um dos elementos essenciais à própria concepção e harmonização de um Estado Democrático e Republicano de Direito, o fato é que tal harmonia deverá ser buscada sem, jamais, permitir que uma determinada instituição acabe perdendo parte de sua característica básica em detrimento da supervaloração de características de outra instituição com a qual se relaciona. Em outras palavras, e utilizando, aqui, termos conhecidos pelo mundo acadêmico e que, por isso, evitam a dubiedade, as relações institucionais serão, sempre, marcadas pelo complexo e pela transdisciplinariedade, sem, con-

tudo, significar que tais características impliquem perda dos elementos singulares e diferenciadores de cada instituição.

Pois bem: consoante exposto e estimulado diariamente pela imprensa, o Poder Judiciário, através de alguns de seus representantes em primeira instância⁽¹⁾, cada vez mais se relaciona, extraprocessualmente, com o órgão do Ministério Público e com as polícias judiciárias, tanto federal quanto estadual. Tal relação se dá através de inúmeras reuniões de delegados de Polícia e representantes do Ministério Público realizam em seus gabinetes com a Magistratura, onde os primeiros “discutem o caso” e as “medidas necessárias” à “contenção da criminalidade e pacificação social”, buscando, através da ordem judicial, o “método mais efetivo” para o alcance de tais objetivos. A “conjunção de forças” entre tais órgãos é, inclusive, preconizada e admirada pelo público leigo que, desconhecendo a necessária separação de funções estabelecida em norma constitucional, acredita que “tudo é válido na luta contra o crime”⁽²⁾.

Com a devida vênia, e sem olvidar que o excelente relacionamento entre Ministério Público, autoridade policial, e Magistratura, seja essencial ao resguardo da Democracia Republicana, o fato é que ao Ministério Público e à autoridade policial é outorgado, constitucionalmente, um específico papel, diferente, e muito, daquele que coube à Magistratura. Enquanto aos primeiros⁽³⁾ cabe, ante o quesito “proteção à sociedade”, a conduta de “criminalizar” um indivíduo para que, perante o processo penal, seja averiguada a real procedência de tal “criminalização”, ao Poder Judiciário cabe, em relação ao mesmo quesito “segurança”, manter a equidistância das partes (acusação e defesa) como forma única de se buscar a justa solução para o caso em concreto, eis que a preocupação do magistrado se dá tanto em relação ao social quanto em relação ao individual (como se possível fosse a distinção, diria Norbert Elias).

E, justamente por força da extrema diferença entre os papéis outorgados aos participantes do mundo jurídico é que a proxi-

midade antes ventilada corre o risco de ultrapassar a fronteira do bom relacionamento institucional e adentrar no campo do excesso, de onde, como consequência, sairá prejudicado o indivíduo⁽⁴⁾.

Nesta senda, acreditamos que o magistrado, humano como todos nós (demasiadamente, como diria Nietzsche), não consegue, através de sua proximidade com os fatos que diretamente acompanha em sede investigatória, ao lado da autoridade policial (ao lado sim, ainda que de fato e não de Direito), evitar sua contaminação com o discurso narrativo

Se o processo penal pode ser considerado um jogo onde as garantias dos jogadores somente podem se impor pelo resguardo da regra por parte do juiz, é possível afirmar que alguns casos penais estão se transformando em verdadeiras “peladas processuais”, nas quais o Ministério Público é o “dono da bola” e a figura do juiz, simplesmente, não existe.

acusador (teoria do agir comunicacional, consoante Habermas e outros). Crê-se, e assim afirma a Constituição Federal, que a posição de espectador inerte do magistrado (pois no palco estão as partes) é condição *sine qua non* para o alcance da imparcialidade, conceito formal assegurado pelo distanciamento (alheamento) a partir do qual o juiz deve conduzir o processo de maneira constitucionalmente correta. A postura dos sujeitos processuais em relação à prova é, ao fim, meta-garantia fundante do processo penal e principal elemento diferenciador entre os modelos inquisitório e acusatório. Ao fundo, o respeito ao *due process of law* nada mais é do que o devido respeito às regras do jogo, dentre elas, a separação absoluta de funções.

E, se o processo penal pode ser considerado um jogo onde as garantias dos jogadores somente podem se impor pelo resguardo da regra por parte do juiz, é possível afirmar que alguns casos penais estão se transformando em verdadeiras “peladas processuais”, nas quais o Ministério Público é o “dono da bola” e a figura do juiz, simplesmente, não existe. No duelo entre ataque e defesa, nítido prejuízo para essa última, parte débil do jogo processual. A diferença é que nas “peladas” — e quem joga o valioso “futebolzinho semanal” sabe do que estamos falando — existe regra de construção da verdade que resolve o problema, caso as partes estejam jogando eticamente: o famoso “pediu, parou”. Ou seja, abdica-se de saber se determinado lance foi faltoso ou não, em prol do artifício garanti-

dor da igualdade entre as partes: “se alguém disser que foi falta, foi falta”. Considerando que esse não é o caso do processo penal, que lida com o conflito fundador da construção dos direitos fundamentais e cujas regras de construção da verdade devem ser garantidas por uma figura alheia ao embaite, necessário reencontrar a figura do juiz equidistante, mormente em razão da nítida desigualdade entre as partes, sendo a função do magistrado a de garantidor da parte mais débil.

NOTAS

(1) Trata-se de evidência empírica, observada principalmente a partir da militância enquanto advogados no âmbito das chamadas “grandes operações”, efeti-

vadas pela Polícia Federal. Nesse sentido, cumpre frisar que a crítica dirige-se a apenas alguns magistrados de primeira instância, já que a maioria dos juizes conhece seu papel de garantidor dos direitos fundamentais.

(2) O papel da mídia, aqui, torna-se de singular importância. Na medida em que as manchetes diárias geram um novo condicionamento social, e na medida em que o juiz nada mais é do que um ser humano que se condiciona individualmente em acordo com o caldo cultural da época e sociedade na qual vive, torna-se cada vez mais difícil mantê-lo afastado do panorama inquisitorial-predatório que assola o inconsciente coletivo contemporâneo. Pelo contrário, cada vez que um juiz, cumprindo adequadamente a lei, concede, p.ex., liberdade provisória a um preso “famoso”, é covardemente atacado tanto pela imprensa quanto, por vezes (raras, ainda bem), pelas próprias autoridades voltadas à segurança pública.

(3) Apenas para se evitar dúvidas quanto ao alcance do aqui afirmado: não concordamos com a tese de que,

na área penal, o Ministério Público atua como “fiscal da lei”; pelo contrário, parte atuante e envolvida, com brios pessoais e “vontade de vencer”, na mesma luta que trava o advogado. Por isso se afirma que, na área penal, a conduta do Ministério Público é “criminalizar”.

(4) Vale, inclusive, recordar a histórica e sempre atual distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório, sendo este último marcado, justamente, pela aproximação do juiz com a colheita e gestão da prova, assim como junto ao ideal de “proteção à sociedade” enquanto “criminalização” do indivíduo.

Daniel Gerber

Advogado criminalista e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS

Marcelo Mayora

Advogado criminalista, especialista e Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS

PRINCÍPIOS LIMITADORES DA EXECUÇÃO PENAL

Fernando Vernice dos Anjos

Considerando o altíssimo grau de atuação do Estado na esfera de liberdade das pessoas acarretada pela execução da pena, tornam-se imprescindíveis os limites impostos pelos princípios da execução inseridos no contexto do Estado Democrático de Direito. De fato, nesse modelo de Estado, não faz sentido a idéia de “relação jurídica especial de poder” supostamente existente na execução, na qual o condenado, dada a sua condição de submissão extrema ao poder estatal, não teria a sua esfera de direitos devidamente protegida como qualquer cidadão; idéia essa que, no passado, justificou oficialmente inúmeras violações de direitos humanos fundamentais. Em suma, de acordo com o magistrado de **Anabela Miranda Rodrigues**⁽¹⁾, “ficou para trás o tempo em que o condenado à pena privativa de liberdade era despojado de todos os direitos, transformando-se em um objeto de uma relação especial de poder criada e mantida num espaço de não direito”.

Contudo, a efetividade dos princípios limitadores não é sentida na prática. Conforme relata criticamente **Gustavo Octaviano Diniz Junqueira**⁽²⁾, “exatamente no momento em que a esfera de liberdades do indivíduo é concretamente vulnerada, suas garantias parecem diminuir, os instrumentos de proteção mais difíceis de acessar e a legislação menos clara, com pouco respaldo de construções dogmáticas”. O autor continua sua exposição sustentando, com razão, que “depois da condenação, a fragilidade do indivíduo mediante o poder do Estado é evidente; daí a necessidade de instrumentos de proteção. Não se busca com isso a impunidade, mas sim a racionalidade da execução penal, bem como sua adequação ao espírito democrático que, mais que uma convicção dou-

trinária, é imperativo constitucional”.

Por outro lado, é de se convir que o Estado, até mesmo para que possa exigir o cumprimento de suas normas e o respeito das pessoas aos direitos dos demais, deve antes dar o exemplo de respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos ao seu jugo punitivo, sob pena de se desmoralizar por completo diante da sociedade⁽³⁾. Como se não bastasse, é sabido que o desrespeito aos direitos fundamentais dos apenados, por exemplo aplicando-se uma pena mais grave ou em condições mais severas do que a lei permite, gera motivada revolta, fazendo com que eles, outrora “vitimizadores”, se transformem em “vítimas” do Estado, numa clara inversão de valores com nefasto efeito para a credibilidade do poder estatal e com alto poder criminógeno⁽⁴⁾.

De toda forma, estamos convictos de que a realidade da falta de aplicação efetiva dos princípios limitadores da execução não pode obstar uma análise atenta de tais princípios, mas sim deve encorajar uma construção dogmática comprometida com os mesmos. Todavia, antes de abordar os princípios limitadores da execução, cumpre esclarecer que os princípios penais gerais, como o da legalidade, isonomia, devido processo legal, presunção de inocência, proporcionalidade e individualização da pena são plenamente aplicáveis à fase executiva. Lembremos que, de acordo com os artigos 3º da LEP e 38 do CP, ao condenado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória e pela lei, sempre nos estritos limites impostos pela Constituição Federal.

Existem também princípios específicos

referentes à execução penal democrática, os chamados princípios limitadores, objeto do presente estudo, que passamos a expor esquematicamente: *humanidade das penas, vedação ao excesso de execução e personalidade ou intranscendência*.

O princípio da humanidade das penas deriva do sentimento comum aos seres humanos de “boa formação ética”, que observam o apenado como um igual que apenas cometeu um crime, não tendo por conta disso negada a sua inerente natureza humana. Conforme explica **René Ariel Dotti**⁽⁵⁾, “embora se admita a necessidade de punição, repugna à consciência de todos a inflicção de castigos cruéis e ofensivos à dignidade humana que sempre permanece, em maior ou menor escala, até no pior delinqüente”. No mesmo sentido, ponderam **Sérgio Salomão Shecaira** e **Alceu Correa Júnior**⁽⁶⁾ que “é através da forma de punir que se verifica o avanço moral e espiritual de uma sociedade, não se admitindo pois, nos tempos atuais, qualquer castigo que fira a dignidade e a própria condição do Homem, sujeito de direitos fundamentais invioláveis”.

A humanidade das penas é expressamente prevista na Constituição Federal que proíbe, no art. 5º, inc. XLVII, as penas de morte (salvo em caso de guerra declarada), de trabalhos forçados, de banimento e cruéis de todo gênero (penas corporais, infamantes etc.). No mais, a CF também garante, ao menos no plano abstrato (art. 5º, inc. XLIX) o respeito à integridade física e moral dos submetidos à pena privativa de liberdade. Por fim, o respeito à dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, exposto de maneira incondicional no art. 1º, inc. III,

da CF, também resguarda o princípio da humanidade das penas.

Não podemos nos olvidar que no conceito de pena cruel, expressamente proibido pela Constituição em respeito à humanidade das penas, sem dúvida alguma se encaixa a pena privativa de liberdade cumprida em condições de superlotação, sem o mínimo de higiene, salubridade, segurança ou qualquer dos requisitos mínimos de sobrevivência digna. Os cárceres nessas condições, extremamente comuns no Brasil, com sua existência, indubitavelmente desrespeitam a Constituição Federal e põe por terra o princípio da humanidade das penas⁽⁷⁾.

O princípio da vedação ao excesso de execução é decorrente do princípio do respeito à coisa julgada, que possui assento constitucional (art. 5º, inciso XXXVI, da CF). De fato, conforme dispõe o art. 1º da LEP, a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, não podendo dela se distanciar sob pena de ofender o título executivo revestido da autoridade da coisa julgada. A LEP ainda dispõe, no art. 185, que haverá excesso de execução sempre que algum ato realizado no bojo do processo executivo for praticado fora dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares. Em consonância com o art. 3º da LEP, percebe-se que haverá excesso de execução sempre que for atingido algum direito do condenado não restringido pela sentença condenatória ou pela lei.

Interessante constatação sobre o princípio em questão é feita por **Gustavo Octaviano Diniz Junqueira**⁽⁸⁾: “as conseqüências de tal princípio são óbvias na teoria geral do processo, mas mais eficazes no processo civil, quando a execução a maior causa escândalo e, invariavelmente, é afastada desde logo pela totalidade dos tribunais. Incrível que o panorama não seja o mesmo na seara criminal, quando o cumprimento de pena em regime mais grave que aquele autorizado pela sentença não causa o mesmo escândalo, e subsistam ainda posições jurisprudenciais (já minoritárias) ratificando que a violência esta-

tal efetivada seja maior que a disposta na sentença”.

Assim sendo, sempre que a execução for além do permitido pelo título executivo corporificado pela sentença, vulnerando com isso a coisa julgada e gerando excesso de execução, deve ela ser imediatamente corrigida pela atuação do Judiciário. Contudo, a jurisprudência ainda não considera como excesso de execução a pena de privação de liberdade cumprida em condições desumanas; que, como já visto, viola também o princípio da humanidade das penas. Apenas quando a privação de liberdade, assim como qualquer outra modalidade de pena, respeitar estritamente os limites de restrição de direitos imposta na sentença, que deve necessariamente espelhar os limites da lei (princípio da legalidade das penas), poderemos falar em efetivo respeito ao princípio da vedação ao excesso de execução.

O princípio da *personalidade ou intranscendência* é aquele pelo qual a pena só pode ser dirigida contra o infrator, não podendo transbordar suas fronteiras aflitivas para qualquer outra pessoa. Segundo explica **René Ariel Dotti**⁽⁹⁾, “sendo a pena o efeito de uma causa determinada e consistente no delito censurável na pessoa de seu autor, somente contra este deve recair a sanção”. Justifica-se tal princípio pela idéia de responsabilidade pessoal do autor pelo seu fato típico, ilícito e culpável. A personalidade da pena possui guarida na Constituição Federal que, em seu art. 5º, XLV, afirma que *nenhuma pena passará da pessoa do condenado*, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Trata-se de um princípio simples de ser explicado e abstratamente aplicado. Qualquer regime democrático repudia as antigas sanções de infâmia ou confisco contra a família do criminoso. No entanto, é sabido que qualquer pena e, em especial, a de prisão, afeta o círculo de pessoas próximas ao condenado. Famílias ficam pri-

vadas de pais e de mães que, encarcerados, não podem provê-las, ocorrendo uma verdadeira “transferência da pena.” **Raúl Cervini**⁽¹⁰⁾ ainda adverte sobre o sério problema de “*generalização*” e “*contágio de rótulos*”, pelo qual a sociedade tende a discriminar a família do apenado pelo simples fato de um familiar ter cometido um crime, numa espécie de “*pena de infâmia*” sem previsão legal.

Dessa forma, medidas devem ser tomadas para diminuir os reflexos que a punição penal gera sobre círculo de pessoas que circundam o apenado. No nosso ordenamento está previsto o auxílio-reclusão como benefício previdenciário com essa finalidade (art. 80 da Lei nº 8.213/91). No plano da execução penal, o direito à visita (direito do preso e das pessoas de seu círculo afetivo), assim como as medidas relacionadas à mulher presidiária gestante ou lactante, a quem devem ser destinados direitos específicos em prol do desenvolvimento sadio dos seus filhos (direitos das mães e de seus filhos), também podem ser citados.

Concluindo, destaca-se o caráter vinculante dos princípios expostos. Tais princípios devem orientar a interpretação e aplicação de todas as normas da execução penal, sejam administrativas ou legislativas, assim como afastar aquelas que são contrárias. Tudo isso com vistas a concretizar os postulados da Constituição Federal, fornecendo-lhe a mais ampla efetividade possível.

NOTAS

- (1) *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: RT, 2001, p. 65.
- (2) *Legislação Penal Especial*. V. 1, 3ª ed., São Paulo: Premier Máxima, 2006, p. 27.
- (3) Cf. **MIR PUIG, Santiago**. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 147.
- (4) Segundo afirma **Erwin Goffman** (*Manicômios, Prisões e Conventos*. Trad. **Dante Moreira Leite**. São Paulo: Perspectiva, 1996, p. 56), “depois de um delinqüente ter sido submetido a castigo injusto ou excessivo, bem como a tratamento mais degradante do que o previsto em lei, passa a justificar o seu ato — o que não podia fazer quando cometeu. Decide “descontar” o tratamento injusto na prisão, e a vingar-se, na primeira oportunidade, através de outros crimes”.
- (5) *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 222.
- (6) *Teoria da Pena*. São Paulo: RT, 2002, p. 87.
- (7) **NUCCI, Guilherme de Souza**. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 400.
- (8) *Op. cit.*, p. 31.
- (9) *Op. cit.*, p. 218.
- (10) *Os Processos de Descriminalização*. 2ª ed., trad. **Eliana Granja et al.**, São Paulo: RT, 2002, p. 51.

Fernando Vernice dos Anjos

Defensor público e mestrando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo

FRAUS LEGIS – ASSESSORES JUDICIAIS

José Roberto Antonini

Na sessão plenária do dia 6 de novembro de 2008, em que foi julgado célebre caso de *habeas corpus*, o ministro **Cezar Peluzo**, do Supremo Tribunal Federal, relembrou o fenômeno jurídico da *fraus legis*.

A invocação desperta-nos a atenção para outro fenômeno com traços também enganosos.

A Constituição Federal, na primeira linha de organização jurídica da nação, concebeu os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o “princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro” no dizer de **José Afonso da Silva**⁽¹⁾, tocando ao Judiciário o controle das relações de direito entre as pessoas, públicas ou privadas, físicas ou jurídicas, incumbindo-lhe primordialmente a garantia dos direitos individuais. Cercou-o de prerrogativas, de modo que suas manifestações fossem isentas e justas, gerando segurança jurídica⁽²⁾.

Ora, por meio da entidade do *assessor judicial*, com os atributos que hoje o caracterizam, vulnera-se indesculpavelmente a estrutura constitucional, de forma a esvaziarem-se — indiretamente — as mencionadas prerrogativas da magistratura, tornando-se o Poder Judiciário como que um poder “aguado”, despidas suas intervenções da marca da responsabilidade personalíssima do magistrado, marca que o distingue no panorama dos agentes do Estado e que representa segurança para o cidadão.

Mediante o expediente da assessoria judicial, na forma por esta hoje assumida, em inadmissível transferência de encargos (muito acima daqueles de mera *secretaria*⁽³⁾), como que a jurisdição se dilui, torna-se “terceirizada”.

Varia a maneira como são recrutados os assessores judiciais, esses “magistrados ocultos”, mas fora de dúvida que sua atuação, homóloga à do magistrado (investido este no cargo público conforme a disciplina rigorosa do art. 93, I, da Constituição, com as ressalvas de seus artigos 94 e 101 e parágrafo único), enfraquece a expressão dos pronunciamentos judiciais como voz de um Poder independente.

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 — fere a um só passo o princípio do juiz natural e o do devido processo legal (Constituição, art. 5º, XXXVII, LIII e LIV).

A *relação processual* mostra-se capenga: onde devia aparecer, entre as partes, a límpida figura do magistrado, aparece o dueto magistrado-assessor.

Dizer que o assessor, ainda que diligente e capacitado, age sob a supervisão do magistrado não afasta a irregularidade, porque essa supervisão, hipotética, será mais ou menos intensa, até poderá inexister, tudo em prejuízo do jurisdicionado e da higidez processual.

O mal se agiganta quando a matéria é criminal, em que a importância do exame dos fatos

(retratados nos diversos meios de prova constantes dos autos) quase sempre sobreleva a das questões de direito.

É da experiência diária dos advogados, conhecedores das entranhas do processo, que o magistrado, fiado apenas no registrado por seu assessor — ao proferir sua decisão, com frequência deixa de atentar para circunstâncias e pormenores relevantes, que só a percuciente leitura dos autos por ele próprio teria permitido apreender e levá-lo a formar a *sua* convicção.

A livre convicção do magistrado há de ser convicção em primeiro grau, haurida diretamente dos dados expostos nos autos, não convicção a que chegou o assessor, depois repassada ao magistrado.

Fala-se em excesso de serviços, ou falta de magistrados. Pois bem. Se no hospital faltam neurocirurgias, palmar que a solução será recrutarem-se cirurgias dessa especialidade. Os encargos do Estado se avolumam, não resta outro caminho que o de expandirem-se correspondentemente as estruturas do serviço público, com aumento do número de servidores.

Hoje o cidadão brasileiro já não pode dizer na rua, confiante:

— “Lá vai o magistrado que estuda o meu processo.”

Quando muito pensará:

— “Lá vai o magistrado que em parte, por assim dizer...”

Aspiração dos magistrados, em todas as circunscrições do território nacional, é que a *desumana* carga de trabalho que os atormenta seja partilhada com *outros magistrados*, seus pares, igualmente protegidos pelas garantias constitucionais e que possam pessoalmente esquadriñar o conteúdo dos autos do processo, preservando-se a *confiança* dos jurisdicionados em suas decisões.

Tratando-se de um Poder da República, enfim, não há dúvida de que a prática hoje rotineira, que aqui se comenta, encerra manifesta *fraus constitutionis*, contra a qual devem todos levantar-se.

NOTAS

(1) *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 42.

(2) “Aos órgãos jurisdicionais, consoante visto, incumbe a solução dos conflitos de interesses, aplicando a lei aos casos concretos, inclusive contra o Governo e a Administração. Essa elevada missão, que interfere com a liberdade humana e se destina a tutelar os direitos subjetivos, só poderia ser confiada a um poder do Estado, distinto do Legislativo e do Executivo, que fosse cercado de *garantias constitucionais de independência*” (José Afonso da Silva, obra citada, p. 514).

(3) Tenho conhecimento pessoal de que na década de 1940 o desembargador **Theodomiro Dias**, do Tribunal de Justiça de São Paulo (de que chegou a ser presidente), com dinheiro do próprio bolso contratou um *datilógrafo* para aprimorar a apresentação de seus votos.

José Roberto Antonini

Advogado e procurador de Justiça aposentado

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 DE JANEIRO

- Defensoria Pública Geral do Estado - DPGE

■ RIO GRANDE DO SUL

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

■ SÃO PAULO

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

**SEJA TAMBÉM UM
ASSINANTE DOS
PERIÓDICOS RT 2009.
TODAS AS
INFORMAÇÕES
ESSENCIAIS PARA
O SEU DIA-A-DIA.**

Aproveite!

**A RT está
oferecendo
descontos
para você
assinar agora**



Revista dos Tribunais 2009

O conteúdo indispensável
para o seu dia-a-dia nas
versões livro, CD-ROM e
conjunto (livro + CD-ROM)

Periódicos especializados RT 2009

Publicação oficial dos principais Institutos:

- IBCCRIM
- BRASILCON
- ABDT
- PLANETA VERDE
- IRIB
- IBDP
- IBDC

**WWW.RT.COM.BR
0800 702 2433**

**EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS**