

Boletim

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



EDITORIAL:

INTERCEPÇÕES TELEFÔNICAS: NOVOS RUMOS?

Há tempos se assiste, no Brasil, a uma vulgarização do uso das intercepções telefônicas como meio de prova. Muitas escutas têm sido deferidas como primeiro recurso na investigação de fatos — as chamadas “intercepções de prospecção” — contrariamente à racionalidade adotada pela Lei n. 9.296/96. Infelizmente, intercepções prolongadas por anos tornaram-se fato corriqueiro e a divulgação (vedada expressamente pela lei) de transcrições pela imprensa ocorre praticamente todos os dias, sob a escusa de que seriam diálogos interceptados “com autorização judicial”. Os alarmantes dados fornecidos pelas operadoras de telefonia à CPI das Escutas Telefônicas, dando conta de que mais de quatrocentos mil números de telefone teriam sido objeto de intercepção em 2007, já deixavam evidente a dimensão do problema.

A questão parece ter recebido a devida atenção no debate público somente após a divulgação da escuta — clandestina, frise-se — de um diálogo havido entre o Presidente do Supremo Tribunal Federal e um Senador da República. Ainda que escuta clandestina e intercepção judicialmente autorizada sejam situações distintas, fato é que o episódio gerou novas reflexões sobre o tema, de forma geral.

Nesse contexto de novas reflexões a alimentar de forma muito salutar o debate, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu, no último dia 9 de setembro, relevantíssima decisão sobre a questão do prazo para a realização de intercepções, no HC 76.686. Alterando entendimento precedente da própria Sexta Turma, o HC declarou a nulidade de intercepções telefônicas realizadas durante aproximadamente dois anos.

No julgamento, discutiu-se qual interpretação deve ser dada ao art. 5º, da Lei n. 9.296/96, que afirma “[a intercepção] não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”. Indubitavelmente, poderia o texto legal ter sido mais claro no que se refere à possibilidade ou não de renovações reiteradas.

Fato é que esse dispositivo foi interpretado pelos tribunais ao longo dos anos no sentido de que as prorrogações de quinze dias poderiam se repetir tantas vezes quanto necessário, desde que com-

provada a indispensabilidade da continuidade da intercepção. Assim, deferiam-se intercepções reiteradas, sem, na prática, qualquer limitação temporal.

Tal interpretação acabou permitindo a ocorrência de diversas investigações em que se verificou o prolongamento de intercepções por anos a fio, ultrapassando a barreira do razoável, especialmente porque a intercepção telefônica representa uma limitação excepcional a um direito fundamental, qual seja, o da privacidade.

E foram esses precedentes que a decisão do STJ acabou, agora, por contestar. Em seu belo voto, o ministro Nilson Naves destacou que normas que restringem direitos individuais fundamentais têm de ser interpretadas restritivamente, em favor do valor liberdade. Ademais, lembrou que o prazo de aproximadamente dois anos de intercepções não apenas ultrapassou os dois períodos

de quinze dias permitidos legalmente (art. 5º, da Lei n. 9.296/96), mas até mesmo o prazo de sessenta dias previsto na Constituição Federal para as restrições aos direitos de sigilo de comunicação telegráfica e telefônica em caso de estado de defesa (art. 136, § 1º, inc. I, alínea c, e § 2º). Ou seja, ainda que fosse decretado o estado de defesa no País — situação de evidente excepcionalidade — o prazo máximo para a restrição do sigilo telefônico seria de sessenta dias. Esse dado revela manifestamente a falta de razoabilidade e proporcionalidade, face à nossa Constituição, das intercepções que se prolonguem por mais tempo.

A declaração de nulidade daquelas intercepções, que foram consideradas provas ilícitas, num caso de repercussão que apurava crimes graves, confirma, ainda, a defesa da correta aplicação da Constituição e das leis brasileiras, bem como o desgosto de nossos Tribunais Superiores com os riscos de um estado policalesco.

A decisão do STJ, sem dúvida, é um alento em meio a uma situação que há muito se mostrava descontrolada. Oxalá represente um marco no estabelecimento de novos rumos do tratamento das intercepções telefônicas como meio de prova, não apenas no que tange à sua delimitação no tempo, senão também quanto à sua imprescindibilidade e concreta necessidade.

A declaração de nulidade daquelas intercepções, que foram consideradas provas ilícitas, num caso de repercussão que apurava crimes graves, confirma, ainda, a defesa da correta aplicação da Constituição e das leis brasileiras, bem como o desgosto de nossos Tribunais Superiores com os riscos de um estado policalesco.

- **EDITORIAL:**
INTERCEPÇÕES TELEFÔNICAS:
NOVOS RUMOS? 1
- **POVO CIVILIZADO,**
APESAR DE TUDO
Sonia Regina Arrojo e Drigo 2
- **ARQUITETURA PENITENCIÁRIA:**
A SIMPLICIDADE COMO SOLUÇÃO
Haroldo Caetano da Silva 4
- **SÚMULAS VINCULANTES:**
INTERPRETAR OU LEGISLAR?
EIS A QUESTÃO!
Ivan Luís Marques da Silva 6
- **SOBRE URSOS E LOBOS**
Davi de Paiva Costa Tangerino 7
- **A IMPRESTABILIDADE DO**
BAFÔMETRO COMO PROVA
NO PROCESSO PENAL
André Luís Callegari e
Fábio Mota Lopes 8
- **A SUSTENTAÇÃO ORAL E A**
PREVALÊNCIA DO DIREITO
DE DEFESA
Robson Antonio Galvão da Silva 9
- **ABSOLUÇÃO SUMÁRIA**
E RECURSO DE OFÍCIO NA
REFORMA PROCESSUAL
José Carlos Gobbi Pagliuca 10
- **PORQUE ADOTAR A TEORIA**
DA ACESSORIEDADE
EXTREMADA DA PARTICIPAÇÃO
Paulo de Souza Queiroz e
Aldeine Melhor Barbosa 11
- **A QUEBRA DO SIGILO**
TELEFÔNICO APÓS O HC 76.686
Andrei Zenkner Schmidt 12
- **ENSAIO SOBRE A CEGUEIRA**
VOLUNTÁRIA
Alexandra Lebelson Szafir 14
- **QUASE TUDO SOBRE**
UM ASSALTO
Edson Passetti 16
- **A MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL**
COMO FUNDAMENTO DA
REVISÃO CRIMINAL
Tatiana Machado Corrêa 17
- **O MLAT E O INTERROGATÓRIO**
DO RÉU NO ESTADO REQUERIDO
Marcio Barandier 18

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

O DIREITO POR QUEM O FAZ

- **INTERCEPÇÕES TELEFÔNICAS.**
LIMITE TEMPORAL.
PRAZO ESTABELECIDO
DA LEI Nº 9.296/96 1201

EMENTAS

- Supremo Tribunal Federal 1203
- Superior Tribunal de Justiça 1204
- Tribunais Regionais Federais 1204
- Tribunais de Justiça 1206

POVO CIVILIZADO, APESAR DE TUDO

Sonia Regina Arrojo e Drigo

Há trinta e um anos, o professor **Goffredo da Silva Telles Junior** lia a *Carta aos Brasileiros* no pátio da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em comemoração ao Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos no Brasil.

Dizia que um Estado será tanto mais evoluído quanto mais a ordem reinante consagre e garanta os direitos dos cidadãos, e que: *“Tais direitos são valores soberanos. São ideais que inspiram as ordenações jurídicas das nações verdadeiramente civilizadas.”*

Foi com esse espírito de valorização da cidadania que chegamos à Constituição Federal de 1988 e à consagração da democracia, da liberdade e dos direitos humanos.

De lá para cá, deixamos de lado a luta pela liberdade e passamos a exigir o gozo dos direitos adquiridos e o aperfeiçoamento das relações entre o Estado e a sociedade.

Vivemos, hoje, a crise de ter mais direitos do que o Estado quer garantir e menos respeito do que a nossa presunção de inocência autoriza. De um lado, nunca se avançou tanto no Brasil na construção de uma ordem jurídica comprometida com os direitos fundamentais; por outro, ignoram-se o direito, as garantias e o respeito aos compromissos constitucionais assumidos em prol da democracia.

Vivemos o retrocesso da arbitrariedade e da falsificação dos conceitos, especialmente quanto à presunção de inocência, e assistimos à “espetacularização” no cumprimento de mandados judiciais de prisão cautelar, com o uso indiscriminado de algemas em pessoas rendidas ou quase.

Tomamos conhecimento de decisões judiciais mais pela imprensa do que em obediência às prerrogativas da profissão. Impactados, aceitamos decisões judiciais de primeira instância que afrontam as da mais alta Corte de Justiça. Sucumbimos ao “poder da caneta” de representantes do Poder Judiciário que rapidamente determinam o encarceramento de cidadãos, mas levam meses, até anos, para restabelecer a liberdade, em nome dos genéricos fundamentos, mas de grande efeito televisivo, tais como “gravidade do delito”, “periculosidade intensa”, “sociedade atemorizada”, e daí por diante, sem dizer que o que falta é segurança pública e sobre exclusão social.

Com certeza, estamos precisando de alguém para reler em alto e bom tom a *Carta* do professor **Goffredo** aos novos justiceiros que não têm na lembrança os ideais de liberdade e de justiça que resultaram na *Constituição Cidadã*.

A atual crise jurídica atingiu o seu ponto máximo com a frase do juiz **Fausto Martin De Sanctis**: *“Temos que fazer uma lei adequada ao nosso país. Não adianta querer fazer lei de país civilizado porque este país não é.”*⁽¹⁾

Pois é. Que lei seria essa? Aquela anterior a 1988 e que renegamos? Ou estaria o juiz reconhecendo que o Poder Judiciário não está devidamente aparelhado para enfrentar a incapacidade do Estado na garantia dos direitos constitucionais do cidadão?

Tenho, para mim, que além de infeliz, a frase demonstra a distância que existe entre o Povo e o Judiciário. Fossem os seus integrantes eleitos através do voto popular e o tratamento seria outro, pois civilizado se torna, ou se aperfeiçoa, quanto maior a civilidade e mais evoluída for a nação. O povo brasileiro é civilizado na mesma proporção (ou apesar) da educação que recebe.

Civilizar-se é tornar-se civil, respeitar-se, organizar-se. No Estado de Direito, o exercício da civilidade se apóia no direito de votar e ser votado, garantido pela Constituição Federal de 1988 e não exclui os indivíduos encarcerados sem condenação definitiva.

Com o objetivo de defender os direitos das pessoas presas, o Grupo de Estudos e Trabalho “Mulheres Encarceradas”, desde a sua formação em 2001, tem incentivado a discussão sobre o tema e provocado os Tribunais Regionais Estaduais — que não se empenham em assegurar o direito de voto dos presos — a providenciar as condições necessárias para a inclusão eleitoral dessa população tão carente, a exemplo dos (hoje) nove Estados brasileiros que cumprem a legislação eleitoral e respeitam os direitos políticos. São eles: Acre, Amazonas, Amapá, Ceará, Espírito Santo, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Sul e Sergipe. Estão previstas para estas eleições (outubro/2008) a instalação de seções eleitorais em Rondônia e na cidade de Nova Iguaçu, no Rio de Janeiro.

Clarissa Menezes Homs, integrante do Grupo, em seu artigo “Direito de Voto ao preso provisório – A concretização de um dever do Estado”⁽²⁾, demonstra que a implementação do voto para os presos depende apenas de vontade política, pois *“a Constituição da República garante a todos os direitos políticos, determinando a obrigatoriedade do alistamento eleitoral e do voto aos maiores de dezoito anos. Tais direitos somente serão casados nas hipóteses previstas no art. 15 da CF/88, nas quais não se incluem os indivíduos encarcerados de maneira provisória. Por outro lado, o Código eleitoral (Lei 4.737/65) impõe penalidades àqueles que, obrigados a votar, não se justificam perante a Justiça Eleitoral em até 30 (trinta) dias após a realização da eleição”*.

Refere que o Estado, *“na medida em que obriga ao voto os cidadãos”*, deve dar *“aos presos provisórios as condições para que exerçam o sufrágio, providenciando a implantação de seções eleitorais especiais”*, previsão contida no art. 136 do Código Eleitoral.

Essa discussão foi levada pelo Grupo a

todas as instâncias: comissões de direitos humanos, inclusive junto à Organização dos Estados Americanos (OEA), juízos das execuções penais, comissão parlamentar de inquérito, organizações não governamentais nacionais e internacionais, seminários e audiências públicas realizadas pelo Poder Legislativo Estadual e Federal, sem que até o presente momento o Estado de São Paulo tenha sido instado a cumprir com a sua obrigação.

Nesse caminho, apesar das dificuldades, novas parcerias foram estabelecidas e geraram ótimos resultados. Exemplo promissor é o caso do Rio Grande do Sul. **Rodrigo Puggina**, em meados de 2005 e na coordenação do Projeto/Campanha Voto do Preso do Instituto de Acesso à Justiça (IAJ), estimulou a prática de simulação do voto em penitenciária feminina na Capital e a possibilidade do registro das justificações eleitorais, trabalho esse que deu origem à Resolução n. 170/08 baixada pelo Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul para a instalação de seção eleitoral no Presídio Central na Capital, atualmente lotado com 4.000 homens.

Na direção oposta, caminha o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. O grande número de eleitores no Estado (em especial, na Capital), o prazo para o fechamento do Cadastro Nacional de Eleitores, a situação dos distritos policiais, cadeias públicas e penitenciárias, assim como por insuficiência de recursos financeiros, são os argumentos que protelam o respeito à Constituição Federal.

Em bom momento surge o apoio do Ministério Público Federal, através da Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo, que convocou a audiência pública realizada em 19 de junho deste ano.

Sem dúvida, é outro marco importante no combate da resistência à inclusão eleitoral, não só pela conscientização do Ministério Público Federal, o que é por si só um grande avanço, mas pelos resultados práticos que poderá gerar, considerando que o Estado de São Paulo abriga mais de um terço da população prisional brasileira, o que significa, segundo dados divulgados pela incansável defensora pública e de direitos humanos, **Carmem Sílvia de Moraes Barros**, coordenadora do Núcleo de Situação Carcerária de São Paulo, que 54.000 pessoas estão em situação de privação provisória de liberdade e aptos a votar.

Nessa oportunidade, foram propostos os seguintes encaminhamentos: consultar — mais uma vez — o Tribunal Superior Eleitoral sobre as providências para efetivar o direito de voto do preso provisório e proceder à reclamação, pela ausência de medidas em favor deste; realizar “Termo de

Ajuste de Conduta” com o Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, por ter atuação administrativa e não judicial; impetrar mandados de segurança em favor dos presos pela Defensoria Pública para que possam votar ou justificar a ausência; e, por fim, levar a notícia do desrespeito ao princípio constitucional à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Enquanto isso, por conhecer a realidade dos problemas gerados aos presos e egressos pelo descaso do Estado no cumprimento da Lei de Execução Penal e na garantia de seus direitos constitucionais, o Grupo e a coordenação do Departamento de Reintegração Social da Secretaria de Administração Penitenciária uniram-se na busca de soluções práticas para o re-encaminhamento da questão da justificacão eleitoral ao TRE/SP, em favor de toda a população encarcerada no Estado.

A proposta é para que as justificacões, a exemplo dos bons resultados obtidos no Rio Grande do Sul, se dêem a partir da conciliação eletrônica entre os dados fornecidos pela SAP e os do TRE/SP, possibilitando, também, conhecer o número de presos que não possuem o título de eleitor e providenciar a expedición dos documentos para as próximas eleições, evitando-se a aplicacão de multas e os cancelamentos, sem dizer do constrangimento suportado pelos egressos na obtenção de informacões ou expedición do documento para fins de registro em carteira de trabalho.

Vê-se, assim, que as dificuldades alegadas pelos juízes eleitorais para cumprimento da norma constitucional (ex.: falta de recursos financeiros e estrutura administrativa insuficiente) não passam de alegacões protelatórias, feitas num país onde há leis que “pegam” e outras não, com o beneplácito do Tribunal Superior Eleitoral, que lhes conferiu a *possibilidade*, e não o *dever*, de instalar seções eleitorais especiais em estabelecimentos penitenciários⁽³⁾.

Ora, como confiar aos TRE's a possibilidade de garantir o direito de voto num país que elege representantes a cada dois anos e que tem 300.000 presos mal cuidados, mal encarcerados, mal educados e mal julgados?

As cadeias e penitenciárias estão lotadas de homens e mulheres jovens, todos sujeitos de direitos que têm em comum a privacão de li-

berdade e a exclusão social. Negar ao preso provisório o seu direito ao voto é renegar a presunção de sua inocência.

A participacão social e política são essenciais para a formacão de uma sociedade mais livre e que se pretenda democrática. Ao garantir o direito de voto e de justificacão a todos, já a partir dos 16 anos, livres ou não, e a obtenção do documento eleitoral, o Estado estará aperfeicando as suas relações com a sociedade civilizada porque a formacão política e a conscientizacão da importância da cidadania se estabelecem a partir da educacão, com a participacão em atividades escolares ou em manifestacões públicas ou políticas.

O jovem que tem conhecimento dos seus direitos, ao vê-los respeitados, passa a fazer parte da sociedade sadia que reconhece seu direito de ter direitos civis, políticos e sociais⁽⁴⁾.

Portanto, é preciso que se restabeleça a ordem defendida pelo professor **Goffredo**: a do Estado de Direito, sem privar o cidadão civilizado de suas conquistas.

A condenacão criminal transitada em julgado é a exceção que impede o direito de votar e não o fato de estar preso ou livre. Além disso, há decisões judiciais que, ao condenar o acusado, preservam os direitos políticos, dando ao art. 15 da CF/88 interpretacão mais favorável.

A realizacão do sufrágio dentro dos presídios de todo o país não será fácil, mas, também, não será impossível. Não podemos deixar que as dificuldades técnicas e a visão medíocre da relatividade dos direitos superem o princípio universal que garante a participacão de todos os cidadãos, através do voto, dos destinos do seu país.

NOTAS

- (1) *O Estado de S. Paulo*, edição de 15/08/08, A3.
- (2) *Boletim AJD*, n. 26, julho/setembro 2002.
- (3) Atos preparatórios para as eleições de 2002, Resolução 20.997.
- (4) www.interagir.org.br/politica

Sonia Regina Arrojo e Drigo

Advogada criminal, sócia fundadora e membro da coordenação do ITTC – Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, voluntária da Pastoral Carcerária, integrante do Grupo de Estudos e Trabalho “Mulheres Encarceradas” e do Conselho da Comunidade das Execuções Penais em São Paulo



(FUNDADO EM 14.10.92)

DIRETORIA DA GESTÃO 2007/2008

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE: Alberto Silva Franco

1º VICE-PRESIDENTE: Sérgio Mazina Martins

2º VICE-PRESIDENTE: Theodomiro Dias Neto

1º SECRETÁRIO: Carlos Alberto Pires Mendes

2º SECRETÁRIA: Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

1º TESOUREIRO: Ivan Martins Motta

2º TESOUREIRA: Sílvia Helena Furtado Martins

CONSELHO CONSULTIVO:

Carlos Vico Mañas

Marcio Bártoli

Marco Antonio Rodrigues Nahum

Maurício Zanoide de Moraes

Tatiana Viggiani Bicudo

COORDENADORES-CHEFES:

BIBLIOTECA: Ivan Luís Marques da Silva

BOLETIM: Carina Quito

CURSOS: Cristiano Avila Maronna

COMUNICAÇÕES: Renato Sérgio de Lima

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

INICIAÇÃO CIENTÍFICA: Camila Akemi Perruso

INTERNET: Ludmila Vasconcelos Leite Groch

NÚCLEO DE PESQUISAS: Jacqueline Sinhoretto

PÓS-GRADUAÇÃO: Helena Regina Lobo da Costa

RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representantes do IBCCRIM

junto ao Olapoc:

Flávia D'Urso,

Glauber Callegari

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS: Juliana García Belloque

COMISSÕES:

Presidentes:

CÓDIGO PENAL: Mariângela Gama de Magalhães Gomes

CONVÊNIOS: André Augusto Mendes Machado

DEFESA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: Rafael S. Lira

HISTÓRIA: Roberto Maurício Genofre

INFÂNCIA E JUVENTUDE: Renata Flores Tibyriçá

JUSTIÇA E SEGURANÇA: Renato Campos Pinto de Vito

MEIO AMBIENTE: Adilson Paulo Prudente do Amaral

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES: Paulo Sérgio de Oliveira

MONOGRAFIAS: Andrei Koemer

NÚCLEO DE JURISPRUDÊNCIA: Guilherme Madeira Dezem

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS: Maurides de Melo Ribeiro

SEMINÁRIO INTERNACIONAL: Carlos Vico Mañas

SISTEMA PRISIONAL: Alessandra Teixeira

PARTICIPE POR ACREDITAR

IDPEE E IBCCRIM: COMPROMISSO PELO ESTUDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS REAFIRMA A PARCERIA ENTRE AMBOS OS INSTITUTOS.

Nos dias 15 e 16 de setembro de 2008, o Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC) foi homenageado pelo IBCCRIM, através da realização de um colóquio cujo tema foi “Dogmática Penal, Política Criminal e Criminologia na Perspectiva do Século XXI”.

Na ocasião, além dos 89 profissionais e estudantes que se inscreveram para assistir ao evento, palestraram os professores brasileiros Alberto Silva Franco, Alvinho Augusto de Sá, Carlos Vico Mañas, Edson Luís Baldan, Fábio Roberto D'Ávila, Fernando Fernandes, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Maurício Zanoide de Moraes, Salo de Carvalho e Sérgio Salomão Shecaira.

Do IDPEE também palestraram os professores Cláudia Cruz Santos, Jorge de Figueiredo Dias, José Francisco de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade.

ARQUITETURA PENITENCIÁRIA: A SIMPLICIDADE COMO SOLUÇÃO

Haroldo Caetano da Silva

*"A vida pode mudar a arquitetura.
No dia em que o mundo for mais justo,
ela será mais simples."*

Oscar Niemeyer

Quando a Lei de Execução Penal prevê em seu art. 5º a classificação e a separação dos presos conforme seus antecedentes e sua personalidade, ela pressupõe naturalmente que a população carcerária não é homogênea e que apresenta as mesmas diferenças e padrões de comportamento característicos da sociedade de que provêm. E essa classificação é fundamental para que se estabeleça um programa individualizado para a execução da pena aplicada a cada homem e a cada mulher submetidos à prisão.

A separação entre os presos de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado é também determinada na própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVIII, que ordena, a partir desses critérios, o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos.

Desses e outros fatores que orientam a execução penal, talvez a separação em razão do sexo seja o único que venha sendo observado na maior parte dos estabelecimentos penais brasileiros, não obstante a frequente verificação do alojamento de homens e mulheres em ambientes comuns ou separados apenas por biombo ou paredes.

No Brasil, cuja população carcerária passa de 420.000 pessoas⁽¹⁾, ainda não se tem um projeto penitenciário que contemple a execução penal individualizada e que leve em conta critérios racionais de separação entre os presos. Não há uma política nacional que oriente a arquitetura penitenciária segundo aquilo que prevê a LEP ou a Constituição Federal. Os manuais disponíveis e que orientam a elaboração de projetos chegam a conter graves erros, inclusive quanto à capacidade das celas e alojamentos⁽²⁾. Disso resulta o previsível: propostas arquitetônicas que não se traduzem em soluções.

A preocupação com a segurança, embora evidentemente indispensável em matéria de prisões, tem sido o único critério orientador da arquitetura penitenciária. De tal sorte, constroem-se caixas de concreto para onde são levados os presidiários, quaisquer que sejam as razões que tenham determinado a prisão. Misturam-se assassinos com homicidas, traficantes com esturpadores, jovens com veteranos do crime, condenados com presos provisórios. Mesmo a prisão civil, como nos casos de dívida de pensão alimentícia ou do chamado depositário infiel, é levada a cabo nesses mesmos ambientes.

Será que o preso por dívida de alimentos carece da mesma estrutura de segurança des-

tinada a criminosos?! Será que o condenado por crime passionai deve ser submetido aos mesmos rigores dos assaltantes profissionais?! Faz sentido o alojamento, nos mesmos conjuntos arquitetônicos, de condenados com presos à espera de julgamento?!

Ou ainda: mulheres presas oferecem os mesmos riscos do que os homens?! Condenados a penas longas, já calejados do cárcere, exigem segurança máxima durante todo o período da prisão?! O traficante profissional deve ser mantido nos mesmos alojamentos das *mulas*, pessoas sem antecedentes criminais condenadas pelo transporte de drogas?!

A resposta para as diversas indagações formuladas é uma só: não!

Entretanto, o que se tem visto no Brasil é a execução de projetos arquitetônicos voltados quase que exclusivamente à edificação de estabelecimentos prisionais de segurança máxima, que não levam em conta a heterogeneidade da população encarcerada. Mesmo aquelas unidades destinadas ao regime semi-aberto são marcadas pela estrutura de concreto e ferro, voltadas à idéia de plena segurança e de um pretenso — e nunca alcançado — controle sobre os presos.

Projetos caros e ruins. Em razão do elevado custo, não atendem à crescente demanda por vagas. Não atendendo à demanda por vagas, rapidamente ficam superlotados e, juntamente com outros fatores desumanizadores do cárcere, contribuem para a brutalização do ser humano preso e, por consequência, acabam por promover mais violência e criminalidade, ou seja, exatamente o oposto daquilo a que originariamente se propõem as prisões.

A arquitetura penitenciária, para atender ao que prevê o nosso ordenamento jurídico, deve ser necessariamente mais simples, mais humana e, pasmem(!), mais barata. Isso mesmo: para que o sistema penitenciário obedeça ao que determinam a Constituição e a Lei de Execução Penal, a arquitetura penitenciária deve se desprender dos atuais paradigmas, muitas vezes fundados em profundos preconceitos, e viabilizar a edificação de soluções efetivas. O homem e a mulher que habitam as nossas prisões não são monstros ou feras de feições lombrosianas, como na visão estereotipada apresentada pelos *mass media* sensacionalistas ou pelo cinema americano. São somente homens e mulheres. Seres humanos que, por diversas razões, um dia enveredaram para o crime ou que se envolveram eventualmente em práticas criminosas isoladas.

Estruturas de segurança máxima, de concreto armado e ferro, são necessárias. Porém, e não é nenhuma ousadia afirmar, para apenas uma pequena parcela da população carcerária. Para a esmagadora

maioria dos 420.000 homens e mulheres atualmente encarcerados (qualquer diretor de penitenciária poderá confirmar a assertiva) a arquitetura penitenciária poderia ser de alvenaria simples.

Para se ter uma idéia da dimensão do panorama penitenciário que tal reorientação pode significar, o custo de uma única cela do Presídio Regional de Goiânia, cuja obra fora iniciada em 1999 (e logo embargada⁽³⁾ por falhas arquitetônicas) equivalia ao valor de construção de um apartamento de quatro quartos na região mais valorizada da capital goiana. No caso citado havia também indícios de superfaturamento da obra, mas o fato é que tais estruturas são mesmo extremamente caras. E nem sempre se mostram necessárias.

Respeitado o limite de capacidade do estabelecimento penal, observada a regra da cela individual para cada preso (LEP, art. 88) e realizada a classificação segundo os critérios legais (idade, personalidade, natureza do crime, antecedentes etc.), a penitenciária pode ser edificada segundo um projeto arquitetônico de muito mais baixo custo, com feições humanizadoras, aberto, inclusive, à experimentação de novos materiais de construção e de novas tecnologias. As faculdades de Arquitetura e os muitos arquitetos que já atuam no sistema penitenciário, em todos os cantos do Brasil, podem rapidamente traduzir essa idéia em projetos.

Projetos que considerem não apenas as diversidades dos milhares de homens e mulheres submetidos ao cárcere, mas também as características próprias de cada região do País. Até porque a penitenciária da cidade do Rio de Janeiro não precisa ser necessariamente idêntica à do interior do Estado fluminense, assim como aquela do Amazonas pode ter distinções quanto à penitenciária de São Paulo. Também o presídio projetado para a região quente do Ceará deve distinguir-se daqueles edificadas no frio da Serra Gaúcha.

Projetos inspirados nos princípios humanizadores da Constituição e da Lei de Execução Penal devem ainda contemplar unidades pequenas, para no máximo 100 (cem) pessoas, distribuídas em mais regiões. A concentração de pessoas em grandes complexos penitenciários há muito já se mostrou equivocada e desastrosa.

Talvez alguém duvide que o número máximo de 100 presos por unidade seja impossível de se implementar no país. Na realidade, todavia, a se dividir a atual população carcerária em presídios para até 100 pessoas, chegar se ia ao curioso e surpreendente resultado de menos de um estabelecimento prisional para cada município brasileiro. Isto mesmo! Seriam necessários 4.200 estabelecimentos para 100 presos

cada, ao passo que o Brasil conta atualmente com 5.562 municípios⁽⁴⁾.

Penitenciárias para homens e penitenciárias para mulheres, cadeias públicas decentes, colônias para o regime semi-aberto condignas. Panorama não apenas imaginário, mas plenamente exequível desde que aconteça o despertar para as possibilidades que surgem a partir do interesse político da sociedade e do Estado para a questão penitenciária.

Segurança máxima para quem precisa de segurança máxima. Segurança mínima — o que também é segurança — para a grande massa de seres humanos encarcerados. Melhores resultados com menores custos. Condições favoráveis para que se garanta o desenvolvimento de atividades voltadas à garantia da dignidade humana do preso, como trabalho, educação, saúde, lazer. Favoráveis também para a humanização do trabalho dos agentes penitenciários, hoje tão oprimidos quanto os próprios presos nas atuais estruturas carcerárias. Espaços para o necessário castigo pelo crime, mas com respeito à dignidade do homem, pois, segundo as palavras de **Thomas More**, “se a lei castiga, é para matar o crime, conservando o homem”⁽⁵⁾.

Houve um tempo em que o panóptico de **Jeremy Bentham**⁽⁶⁾ significava a prisão perfeita, marcada pela utilidade da pena, pelo baixo custo de gerenciamento e pela idéia de controle total sobre o preso. Os tempos agora são outros. O homem mudou. Como não se pode abrir mão da prisão, conforme nos lembra **Michel Foucault**⁽⁷⁾, impõe-se uma atitude crítica e realista frente à questão penitenciária, não havendo espaço para aquela idéia, de complexa sustentação na modernidade, de

que a prisão ideal seria a não prisão.

Ao mesmo tempo, entretanto, a prisão não precisa ser uma caixa de concreto, impenetrável, cara e desumana. Pelo contrário, deve ser espaço de punição com dignidade. A prisão é espaço de castigo, mas limitado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A arquitetura penitenciária tem uma missão de fundamental relevância na construção desses espaços. Mãos à obra, arquitetos do Brasil!

NOTAS

- (1) Estatística do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), relativa a junho/2007, informa o total de 419.551 presos no Brasil. Disponível em www.mj.gov.br/depen. Acesso em: 28/02/2008.
- (2) Como na recente Resolução nº 03/2005, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que trata das *Diretrizes básicas para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais*, onde se admite a construção de penitenciárias com alojamentos coletivos, em clara afronta ao disposto no art. 88 da Lei de Execução Penal.
- (3) Em sede de ação do Ministério Público do Estado de Goiás, em que se questionava a edificação de alojamentos coletivos para condenados do regime fechado.
- (4) Informação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível em: www.ibge.gov.br.
- (5) **MORE, Thomas**. *Utopia*. Trad. **Heloisa da Graça Burati**. São Paulo: Rideel, 2005.
- (6) **BENTHAM, Jeremy**. *O Panóptico*. Trad. **Tomaz Tadeu da Silva**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- (7) **FOUCAULT, Michel**. *Vigiar e Punir*. 22ª ed. Trad. **Raquel Ramalheite**. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

Haroldo Caetano da Silva

Promotor de Justiça da Execução Penal em Goiânia-GO e mestre em Direito (Ciências Penais) pela Universidade Federal de Goiás

PARTICIPE POR ACREDITAR

09 DE JANEIRO A 18 DE ABRIL DE 2009 – CURSOS DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU – COIMBRA/PT

Inscrições até: 20 de Dezembro de 2008

Período das aulas: 09 de Janeiro a 18 de Abril de 2009

Horários das aulas: Sábados das 10h às 13h e das 14.30h às 17.30h

Carga horária: 85 horas/aula

Informações: <http://www.fd.uc.pt/idpee/> ou (+351) 239 823331 ou (+351) 239 705242.

O Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu é um centro universitário de investigação e ensino da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra que lança agora o Curso de Especialização em Direito Penal Econômico e Europeu, de frequência aberta aos licenciados de todos os quadrantes. O programa do curso reflete a preocupação em considerar os problemas levantados pelo direito penal econômico nas suas várias dimensões: dogmática, criminológica, político-criminal e pragmático-processual, assim como os recentes desenvolvimentos do processo de integração europeia em matéria penal. Deste modo, no plano da análise dogmática e político-criminal, o programa compreende temas que constituem os pilares de uma «parte geral» do direito penal econômico, a que se seguem outros que dão corpo a uma seleção da respectiva «parte especial», dedicados ao estudo monográfico de certos crimes, como por exemplo, crimes da atividade financeira, direito penal da empresa, direito penal do consumidor, direito penal tributário, direito penal do mercado de valores mobiliários, criminalidade organizada, direito penal do ambiente, sigilo bancário. Para esse efeito, o Curso tem a honra de poder contar com a colaboração de personalidades de reconhecido mérito nas mais diversas áreas (magistratura, advocacia, economia e finanças públicas, banca, mercado de valores mobiliários, etc.).



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 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 -

COORDENADORA-CHEFE:

Carina Quito

COORDENADORES ADJUNTOS:

Andre Pires de Andrade Kehdi,
Caroline Braun, Cecília Tripodi,
Eleonora Rangel Nacif, Fabiana Zanatta Viana
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: 12.000 exemplares

CORRESPONDÊNCIA IBCCRIM

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

ATENDIMENTO DIGITAL

Seções:

Administrativo Financeiro	2
Comunicação e Eventos	3
Biblioteca	4
Diretoria/Presidência	5
Internet	6
Secretaria	7
Núcleo de Pesquisas	8
www.ibccrim.org.br	
E-mail: ibccrim@ibccrim.org.br e	
boletim@ibccrim.org.br	

SÚMULAS VINCULANTES: INTERPRETAR OU LEGISLAR? EIS A QUESTÃO!

Ivan Luís Marques da Silva

Com a chamada Reforma do Judiciário, introduzida em nosso ordenamento jurídico-constitucional pela Emenda 45/2004, criou-se o instituto denominado súmula com efeitos vinculantes.

De competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a súmula vinculante, para ser editada, deve preencher alguns requisitos básicos expressos no art. 103-A, regulamentado pela Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Entre eles podemos citar:

- a súmula é um entendimento da maioria dos ministros do STF a respeito de alguma norma preexistente;
- a súmula será editada após reiteradas decisões no mesmo sentido.

Para confirmar a necessidade do vínculo entre o texto da súmula vinculante e uma regra jurídica determinada a ser interpretada, transcrevemos o § 1º do art. 2º da Lei 11.417, que possui redação idêntica à do art. 103-A da Constituição Federal:

“Art. 2.º (...) § 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão”.

Encontra-se expresso que o STF só poderá editar súmulas vinculantes que tenham por objeto normas determinadas.

Quanto à segunda exigência, urge sejam proferidas reiteradas decisões no mesmo sentido, para justificar a edição de uma súmula com força normativa capaz de vincular toda a Administração Pública. Ausente este requisito, a súmula padecerá de vício formal.

Sem uma regra jurídica determinada e reiteradas decisões, o STF não possui autorização constitucional ou legal para editar súmulas de efeito vinculante. As regras são claras e bem objetivas.

Critica-se constantemente o chefe do Poder Executivo por abusar da edição das medidas provisórias, editando-as em momentos onde não estão previstos os requisitos da relevância e urgência (art. 62, CF), situações em que usurpa a função típica do Poder Legislativo.

Agora, presenciamos a cúpula do Poder Judiciário legislando e ignorando um dos requisitos objetivos da edição da súmula vinculante presente na Constituição Federal, qual seja, o da interpretação de regra determinada.

Estamos nos referindo à Súmula Vinculante n. 11, publicada no *Diário Oficial* em 21 de agosto de 2008.

Em sessão plenária do dia 13 de agosto de 2008, por votação unânime, aprovou-se a seguinte redação: *“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”*

Quanto ao requisito das reiteradas decisões, nem a Constituição Federal, nem a lei que regulamentou o instituto definem, de forma quantitativa, quantas decisões seriam necessárias para falarmos em reiteração. Desta forma, deixa-se em aberto a situação para análise a ser feita pelo próprio Supremo.

Sobre o uso das algemas, a decisão do STF citou o RHC 56.465 (1978), o HC 71.195 (1995), o HC 89.429 (2007) e o HC 91.952 (2008). Em regra, o STF discutiu temas como a fuga e a violência por parte da pessoa algemada como exceções à regra da não utilização das algemas.

E quanto ao requisito do objeto da súmula vinculante? Qual foi a regra determinada escolhida pelo STF para a constitucional interpretação?

Mencionou-se na decisão os artigos 1º, III e 5º, III, X e XLIX, todos da Constituição Federal; o art. 350 do Código Penal; o art. 284 do Código de Processo Penal; o art. 4º, a, da Lei 4.898/65 e o art. 234, § 1º do Código de Processo Penal Militar.

Além dos dispositivos mencionados na decisão do Supremo e de algumas Portarias estaduais, existem outros atos normativos tratando do tema das algemas.

O Decreto 19.903/1950, do Estado de São Paulo, regulamentou o uso das algemas por quem tenta a fuga ou repele a justa prisão com violência.

O artigo 199 da Lei de Execução Penal — Lei 7.210/84 reza que *“o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal”*. Pergunta-se: foi editado algum decreto regulamentando a questão? A resposta é negativa.

A verdade é que, desde 1984 até 2008, a utilização das algemas como instrumento de repressão pelo poder público não foi substancialmente regulamentado no Brasil. A previsão de alguns atos normativos não regulamentados, verdadeira lacuna legal, deu margem para o uso arbitrário das algemas em casos concretos.

O instrumento criado para assegurar o cumprimento da ordem de prisão pas-

sou a ser um símbolo de atuação do Estado contra o crime, amplamente divulgado pelos meios de comunicação. O metal gelado das algemas lembra a frieza do tratamento normativo dado a esta importante questão até o presente momento, que tem incidência direta na dignidade da pessoa presa cautelarmente, inócua até este momento.

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição. Não apenas no sentido físico da expressão ou literal de seus dispositivos, mas principalmente em relação às conquistas da humanidade expressas em regras e princípios com força normativa⁽¹⁾.

A omissão do Poder Público em dar tratamento legal para questões importantes relacionadas à dignidade humana vem exigindo do Supremo o exercício da função legislativa atípica com abrangência sem precedentes em nossa história jurídica.

Podemos citar como exemplos concretos, os efeitos *erga omnes* para controle difuso de constitucionalidade, dispensando a Resolução do Senado (HC 82.959-7); efeitos imediatos para o deferimento dos mandados de injunção, não ficando dependente de uma resposta do Congresso Nacional (MI 107); e agora, a Súmula Vinculante n. 11 (editada por força do julgamento do HC 91.952/2008).

A Súmula Vinculante n. 11 carrega em si o vício de inconstitucionalidade por quebra do princípio do pacto federativo, da regra da separação dos poderes. O STF está legislando para proteger um direito humano fundamental tendo em vista o descaso normativo em regulamentar a questão das algemas. Importante frisar que a súmula 11 poderia até, em tese, ser constitucional, mas desde que não contivesse o seguinte trecho em sua redação: *“(…) justificada a excepcionalidade por escrito”*. Não existe lei em vigor no País que traga qualquer palavra que possa admitir este trecho da Súmula 11 como interpretação. Aqui o Supremo legislou. Inovou o ordenamento jurídico com seu ato normativo e estipulou sanção civil, administrativa e penal para o seu descumprimento.

Entretanto, concordamos que não pode o guardião da Constituição ficar a mercê da regulamentação federal que nunca veio. Seria uma irresponsabilidade do STF se omitir ao julgar aviltantes situações nos casos concretos que chegam à sua porta. O magistrado do século XXI tem o dever de trabalhar com a noção de Direito Penal constitucional e assegurar sua integral observância⁽²⁾.

Se o STF está certo e errado ao mesmo tempo, podemos rotular esta questão como verdadeira ponderação de valores constitucionais⁽³⁾: de um lado o ser humano e sua dignidade; do outro, o Poder Judiciário legítimamente atuando para suprir lacuna normativa.

A gravidade da questão não gira em torno da regulamentação da questão das algemas. O problema reside em desprezar as regras constitucionais do art. 2º e 103-A da CF. Esse exercício, que ultrapassa os limites da hermenêutica e assume um papel

integrador e regulador, não traz licitude e legitimidade para a Súmula 11 que não interpreta, ao contrário, cria regras inexistentes e de vinculação para toda a Administração Pública.

Quem tem poderes, hoje no Brasil, para declarar a inconstitucionalidade do ato normativo consubstanciado na Súmula Vinculante n. 11?

NOTAS

(1) Sobre a força normativa dos princípios, ver a aula

- apresentada em forma de voto pelo ministro **Ricardo Lewandowski**, no Recurso Extraordinário 579.951-4.
(2) Sobre a relação constitucional entre a Magistratura e os princípios constitucionais, cf. **Alberto Silva Franco**, *Código Penal e sua Interpretação*, p. 60.
(3) **Robert Alexy**, *Teoria da Argumentação Jurídica*, *passim*.

Ivan Luís Marques da Silva

Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP, especialista em Direito Penal Econômico por Coimbra, professor na Pós-Graduação da Escola Paulista de Direito, coordenador editorial da Revista dos Tribunais e advogado

SOBRE URSOS E LOBOS

Davi de Paiva Costa Tangerino

O professor **Alvino Augusto de Sá** brindou-me com uma notícia que, superada a constatação que encerra quanto à falência da compaixão humana, é de grande interesse teórico. Bhubaneswar, cidade indiana distante 200 km de Nova Délhi, assistiu à prática de um delito cometido pelo analfabeto e viúvo Ram Singh Munda, 35 anos, pai de uma menina de 6 anos de nome Dulki. Munda encontrou na mata um filhote de urso e julgou que tê-lo como bicho de estimação serviria a dois propósitos nobres: salvar a vida do filhote e dar um pouco de alegria a sua filha, saudosa de sua falecida mãe. Ao fazê-lo, realizou conduta típica apenada com até três anos de reclusão. Encontra-se preso. A urso Rani (cuja tradução em língua portuguesa é Rainha) foi alojada em um zoológico e Dulki foi levada para um orfanato estatal.

O evento tem inegável conteúdo episódico e não pode ser tomado *a priori* como paradigma do sistema de justiça criminal, embora se possa, de outro lado, com um pouco de cuidado, enquadrar nesse mesmo modelo à prisão de algumas furtadoras de xampu, determinados extratores de palmito ou de casca de árvores, eventuais pequenos comerciantes de substâncias entorpecentes e uma miríade de outros criminosos. Tais ocorrências, têm, assim, um efeito colateral interessante: expõem despididamente as contradições internas do Direito Penal.

Custo a acreditar que alguém tenha lido a história de Munda e tenha pensado consigo mesmo: foi uma decisão justa. Esse indiano levou em consideração, quando da sua decisão de adotar a ursinha, valores amplamente legitimados por grupos sociais dos cinco continentes: o amor pela filha e compaixão pelo filhote. E onde entra, nessa história, o Direito Penal? Aos olhos do sistema, Munda, ao domesticar um animal selvagem, violou um bem jurídico penalmente relevante, o meio ambiente, e deve ser punido em razão dessa transgressão. A afirmação, que dá sustento à injusta prisão em tela, merece ser melhor desdobrada.

Ela revela, primeiramente, a noção de que do Direito penal espera-se proteção social. O homem, sendo lobo do homem, precisa de um Estado que o proteja de seus concidadãos que são, em verdade, inimigos em potencial, cujo poder de destruição está temporária e instavelmente abafado pela ameaça da pena. O discurso da proteção organizou-se, então, a partir de três elementos centrais: o agressor, o bem jurídico que ele viola e o castigo que ele recebe.

A fórmula funciona razoavelmente bem (e com isso não se afirma que funciona correta ou justamente) para uma pequena porção de bens jurídicos concretos: vida, propriedade, liberdade etc. Digo razoavelmente, porque logo surgem condutas em que a necessidade de defesa por parte do Estado não se mostra tão clara, a exemplo da eutanásia e do furto insignificante. Nosso medo, alimentado pelo discurso punitivo interessadamente apropriado pela mídia, pelos políticos e até mesmo pelo Judiciário, faz com novos bens jurídicos sejam alçados à condição de penalmente relevantes. Não sendo mais tão concretos, todavia, demandarão recursos dogmáticos mais sofisticados, dentre os quais, para que não se fuja do exemplo da Índia, a antecipação da criminalização (*Vorfeldkriminalisierung*).

Esse palavrão traduz apenas a seguinte tática: poucas condutas conseguirão, isoladamente, lesionar efetivamente o meio ambiente. Criminaliza-se, então, determinadas ações as quais, se cometidas, presumivelmente resultarão em tal dano efetivo. Assim, por exemplo, a domesticação de filhotes de ursos. A reforçar os argumentos para que as coisas assim permaneçam, digna de nota a noção de delitos cumulativos (vai que todo mundo começa a domesticar ursinhos: não vai mais sobrar nenhum nas matas indianas...).

Com todos os elementos na cena, desnuda-se a contradição: o Direito Penal entregou-se a uma busca obsessiva de evitação de delitos: pune para evitar que outros cometam novos delitos; criminaliza condutas, cujo perigo deve ser avaliado em

cada caso, para evitar dano a bens jurídicos não concretos; criminaliza condutas cujo perigo está presumido, para evitar dano a bens jurídicos não concretos; prende preventivamente para evitar que o réu se furete à aplicação de uma eventual futura pena (e caso isso aconteça, a sociedade terá uma inafastável sensação de impunidade, que afrouxará a convicção de que a lei penal deva mesmo ser observada...). Para evitar (e o emprego continuado do mesmo verbo é proposital) subjetivismos, presumivelmente perigosos para o sistema de justiça, a única categoria do delito que deve ser positivamente afirmada é a tipicidade; as demais devem ser, conforme o caso, excluídas. Com isso, cria-se um modelo que se satisfaz com a realização do injusto, despreocupado com a culpabilidade. Evita-se.

Eis o que levou à prisão de Munda (cujo nome é de uma universalidade saramaguiana): para evitar que o meio ambiente seja efetivamente lesionado, para evitar que a norma penal deixe de ser aplicada e com isso novas pessoas venham a cometer crimes, para evitar que se inaugurem discussões acerca da possibilidade concreta de um trabalhador rural analfabeto imbuído dos valores morais mais elementares ter realmente escolhido agir contra o Direito, para evitar a desconfortável pergunta: está-se com isso a evitar um mal maior para a menina Dulki? Basta, ao fim e o cabo, discursos de lado, a mera adequação típica.

E ao fazê-lo, o sistema de justiça, desencansado de ter evitado tantos males sociais, protegeu-se a si mesmo, em sua cápsula discursiva, lançando um jovem pai viúvo à cadeia e uma menina órfã a um abrigo estatal. O meio ambiente, a propósito, permanece inalterado, exceção feita talvez à urso, que, deprimida, recusa a se alimentar.

Davi de Paiva Costa Tangerino

Doutorando em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, realiza pesquisa junto à Humboldt Universität zu Berlin, mediante bolsa oferecida pela Capes e pelo DAAD; é coordenador-adjunto de Relações Internacionais do IBCCRIM

A IMPRESTABILIDADE DO BAFÔMETRO COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

André Luís Callegari e Fábio Motta Lopes

Com a publicação da Lei 11.705/08, foi dada nova redação aos parágrafos do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), impondo-se ao motorista suspeito de conduzir embriagado veículo automotor ou sob efeito de outra substância de efeitos análogos, como obrigatória, a realização de testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, permitam confirmar a embriaguez.

No art. 306, que trata do crime de embriaguez ao volante, surgem duas modificações substanciais: a partir de agora, não se exige mais a exposição da incolumidade pública a dano potencial⁽¹⁾ e, para caracterizar a embriaguez alcoólica, se estabeleceu uma concentração mínima de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue.

Em observância ao que foi determinado na nova redação do parágrafo único do art. 306 do CTB, a equivalência dos testes de alcoolemia foi disciplinada pelo Decreto 6.488/08, que estabeleceu, em seu art. 2º, que a demonstração da embriaguez, na esfera criminal, pode ser feita por exame de sangue ou por etilômetros (bafômetros).

Aqui, surge uma questão interessante: pode-se admitir, então, como prova suficiente da materialidade, o teste do bafômetro, realizado por policiais quando abordam um condutor de veículo automotor em via pública? Claro que não, pelas razões que se passa a expor.

A embriaguez, sabidamente, é uma intoxicação transitória que deixa vestígios. Dessa forma, de acordo com o art. 158 do CPP, torna-se indispensável o exame de corpo de delito, devendo o estado etílico ser demonstrado por especialistas, ou seja, por perito oficial (art. 159, *caput*, do CPP) ou por dois peritos nomeados, com curso superior e, preferencialmente, com conhecimento técnico na área (art. 159, §§ 1º e 2º, do CPP). Portanto, não podem os policiais ou agentes de trânsito, que não são *experts* e que não foram nomeados como peritos — até porque nem sempre são portadores de diploma de nível superior —, demonstrar a embriaguez.

É importante salientar, outrossim, que as alterações ao CTB em nada mudaram as exigências para a realização de provas periciais. Percorrem-se os dispositivos alterados e não se verifica qualquer autorização para emprego do bafômetro sem observância aos critérios exigidos pelo CPP para a realização de perícias. E isso, aliás, nem poderia ocorrer, sob pena de se criar na área criminal uma única prova — que, a rigor, deve ser técnica — capaz de ser

produzida por leigos, permitindo-se, destarte, uma disparidade processual com relação aos exames de corpo de delito e às perícias em geral.

Além disso, a Constituição Federal, no art. 5º, LXIII, assegura a qualquer investigado o direito de permanecer calado⁽²⁾. Como regra, essa é uma garantia do processo penal, não se aplicando no momento de uma fiscalização administrativa no trânsito⁽³⁾. Na situação específica, porém, os testes de alcoolemia produzirão reflexos, inexoravelmente, no âmbito do processo penal. Somente para ficar em um exemplo, registre-se que o motorista, ao soprar o bafômetro, poderá ser preso em flagrante logo após o teste, se constatada a presença mínima de álcool exigida pelo art. 306 do CTB.

Assim, estará protegido pelo direito ao silêncio (*nemo tenetur se deterege*) desde o momento da abordagem policial, ainda que não haja “a imputação formal de um delito”, pois a prova colhida na polícia pode levar à imputação judicial, restando feridos os princípios constitucionais da ampla defesa, que abrange a autodefesa negativa, e da presunção de inocência caso se obrigue o motorista a submeter-se, sob coação, aos testes de alcoolemia⁽⁴⁾. Além do mais, como não está obrigado a produzir prova contra si mesmo, deve ser avisado sobre tal direito antes de ser submetido aos testes de alcoolemia. Inobservada tal garantia, deverá o resultado do bafômetro, tão-somente pelo fato de não se assegurar ao motorista o direito de informação, ser considerado como prova ilícita (art. 5º, LVI, da CF, e art. 157, *caput* e §§, do CPP).

Mas não é só isso. Três outras questões envolvendo o uso de etilômetro são bastante sérias: a falibilidade do exame⁽⁵⁾; a falta de menção, no relatório que é impresso depois do teste, de que foi constatada a concentração de álcool por litro de ar expelido dos pulmões, sendo defesa, em matéria processual penal, qualquer presunção nesse sentido; e, principalmente, a realização de uma “perícia” sem contraprova. Quanto a este último aspecto, motoristas estão sendo sujeitados, já faz algum tempo, a processos criminais, com ingresso na esfera do injusto penal, sem qualquer possibilidade de defesa, nem de contestação acerca do resultado do exame⁽⁶⁾.

Cabe mencionar, por fim, que não se está defendendo a carnificina no trânsito, que pode ser evitada, tranquilamente, com permanente fiscalização e com respeito às normas constitucionais. Também não se está afirmando, em momento algum, que nunca será possível submeter-se motorista sob suspeita de diri-

gir embriagado, mesmo contra a sua vontade, a exame de sangue, por não ser a garantia ao silêncio um direito absoluto. Para isso, no entanto, deve haver uma legislação que discipline o assunto de forma detalhada, possibilitando, por exemplo, a intervenção corporal, com base na ponderação de valores, quando não houver risco à saúde do motorista e quando for feita por médico, mediante prévia autorização judicial⁽⁷⁾.

NOTAS

- (1) Tal circunstância, ainda que viole o princípio da ofensividade e reafirme a tendência do legislador brasileiro, ao se contentar com o mero perigo abstrato no âmbito criminal, de reconhecer o direito penal do inimigo, não será analisada neste artigo.
- (2) QUEIRO, Maria Elizabeth. *O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: O Princípio Nemo Tenetur se Detegere e suas Decorrências no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 106; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8ª ed., São Paulo: RT, 2004, pp. 96-7; SAAD, Marta. *O Direito de Defesa no Inquérito Policial*. São Paulo: RT, 2004, p. 289; COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 185; LOPES JÚNIOR, Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 371; MORAES, Maurício Zanoide de; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. “Direito ao Silêncio no Interrogatório”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, abr.-jun. 1994, p. 136.
- (3) COUCEIRO, *op. cit.*, p. 262.
- (4) CALLEGARI, André Luís. “A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e novo Código de Trânsito”. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 66, maio 1998, pp. 12-3. Na mesma esteira: GOMES, Luiz Flávio. “Lei seca (Lei 11.705/2008): exageros, equívocos e abusos das operações policiais”. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 2 de julho 2008.
- (5) CALLEGARI, André Luís. *Imputação Objetiva, Lavagem de Dinheiro e Outros Temas de Direito Penal*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 174.
- (6) CALLEGARI, André Luís. *Imputação Objetiva, Lavagem de Dinheiro e Outros Temas de Direito Penal*, cit., p. 174. Aliás, para OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 316, que até sustenta que tal teste não viola o direito ao silêncio, o bafômetro deve ser criticado por questões técnicas, no plano da qualidade e da idoneidade de sua eficácia probatória.
- (7) Nesse sentido: LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 378-85; QUEIRO, *op. cit.*, pp. 356-7.

André Luís Callegari

Doutor em Direito Penal pela Universidad Autónoma de Madrid, coordenador executivo da Faculdade de Direito da Unisinos, professor da Graduação e da Pós-Graduação da Unisinos e professor da Escola da Magistratura do RS e da Cátedra Latinoamericana de Derecho Penal na Universidad Externado de Colombia

Fábio Motta Lopes

Mestre em Direito (Ulbra), especialista em Direito Penal e Processo Penal (Ulbra), professor de Direito Penal da Unisinos e da Academia de Polícia do Rio Grande do Sul e delegado de Polícia

A SUSTENTAÇÃO ORAL E A PREVALÊNCIA DO DIREITO DE DEFESA

Robson Antonio Galvão da Silva

Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 87.926, de relatoria do ministro **Cezar Peluso**, proferiu importante decisão que tratou, basicamente, da ordem da manifestação oral da defesa e do *Parquet* em julgamentos perante os tribunais, sobretudo, mas não apenas, no recurso em sentido estrito apresentado pela acusação.

No caso, ocorreu que o Ministério Público Federal havia ingressado com recurso em sentido estrito perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região contra decisão de juiz de primeiro grau que não recebeu a denúncia apresentada. No dia do julgamento de tal recurso, o procurador teve a oportunidade de se manifestar oralmente após a defesa. O recurso em sentido estrito acabou sendo provido, dando-se início, então, à ação penal.

Diante da decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a defesa impetrou *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando a nulidade do julgamento, em razão do procurador ter se manifestado oralmente após a defesa. A Corte Superior, no entanto, decidiu que o julgamento ocorrido não seria nulo. Para tanto, consignou que o Ministério Público atuante em segundo grau de jurisdição atuaria como *custos legis*. Além disso, registrou que deveria ser demonstrado efetivo prejuízo pela circunstância do procurador se pronunciar após a defesa. Por fim, afirmou que, conforme inteligência dos artigos 610, parágrafo único, e 618, ambos do Código de Processo Penal, bem como do artigo 159, parágrafo 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, poder-se-ia se depreender que a sustentação oral em sede de recurso em sentido estrito deveria ser feita por último pelo Ministério Público.

Dessa decisão foi impetrado novo *Habeas Corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, que acabou, então, concedendo a ordem para anular o julgamento ocorrido perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em razão do procurador ter se manifestado depois da defesa.

O julgamento trouxe a debate uma questão que, apesar de muito relevante, não tem sido mais detidamente analisada pela doutrina e normalmente não é suscitada pelos advogados de defesa, em que pese o evidente prejuízo aos réus ante a patente violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Alguns poucos doutrinadores já se opunham à possibilidade do Ministério Público realizar sua manifestação oral

após a defesa. No sentido de reconhecer como garantia a possibilidade da defesa do acusado falar por último, notadamente nas sessões de julgamento de recursos interpostos apenas pela acusação, já se manifestava **Alberto Zacharias Toron**⁽¹⁾.

Por seu turno, **Rogério Cruz** já se posicionava no sentido de que a defesa deve sempre se manifestar após o Ministério Público. Vale destacar o seguinte trecho da sua lição: “O acusado, independentemente da sua posição contingencial (recorrente ou recorrido) durante o processamento do recurso, deve ter sempre assegurada a palavra por último, ou, ao menos, após a intervenção oral do

acusador, enquanto exteriorização concreta do princípio do favor defensionis. Isso porque, considerando-se a ação penal em sua inteireza, e não apenas em suas fases procedimentais estanques, o acusado estará sempre na posição defensiva, rebatendo a imputação que lhe foi endereçada pelo órgão de acusação, já que, sendo uma a relação processual penal, o conflito entre o direito de punir do Estado e o direito à liberdade do acusado permanece íntegro no segundo grau de jurisdição.”⁽²⁾

No acórdão referido, o relator ressaltou que, ainda que se invoque o papel de *custos legis*, o Ministério Público deve sempre se pronunciar, na sessão de julgamento de recurso, antes da sustentação oral da defesa, em razão dos princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).

Em que pese o caso específico se tratar de recurso em sentido estrito apresentado pela acusação, trilhou-se no sentido de que a defesa deve falar por último em todos os casos. Vale destacar o seguinte trecho do voto: “Estou em que fere, igualmente, as garantias da defesa todo expediente que impeça o acusado de, por meio do defensor, usar da palavra por último, em sustentação oral, sobretudo nos casos de julgamento de recurso exclusivo da acusação. Invocar, para negá-lo, a qualidade de custos legis do Ministério Público perante os tribunais, em sede recursal, parece-me caracterizar um desses artifícios lingüísticos que tendem a fraudar as garantias essenciais a sistema penal verdadeiramente acusatório ou de partes.”

Mais adiante asseverou, ainda, o ex-

mo. min. **Cezar Peluso**: “Permitir, pois, que o representante do Ministério promova sustentação oral depois da defesa, ainda mais no caso de ser ele o recorrente, comprometeria o pleno exercício do contraditório, que pressupõe o direito de a defesa falar por último, a fim de poder, querendo, reagir à opinião do *Parquet*.”

Muito embora a atualidade e importância da decisão seja inegável, relevante

O que importa é que existe a possibilidade da manifestação oral ser contrária à defesa, o que já é suficiente para que sempre esta se manifeste por último, de modo a poder reagir à opinião do *Parquet*.

notar precedente do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do exmo. min. **Xavier de Albuquerque**, RE 91661, cuja decisão restou assim ementada: “Julgamento de Apelações Criminais. Inversão na

ordem das sustentações orais, das quais a da acusação sucedeu a da defesa. Inobservância dos princípios constitucionais de ampla defesa e contrariedade no processo penal. Nulidade reconhecida. Recurso Extraordinário conhecido e provido.”

Da mesma forma, há precedente — não menos atual do que a recente decisão do exmo. min. **Cezar Peluso** — de mesmo sentido no próprio Superior Tribunal de Justiça: “1. As atribuições de custos legis têm-nas sempre o Ministério Público, qualquer que seja a natureza da função que esteja a exercer enquanto lhe decorre da própria natureza da instituição, cumulando-as com aquelas de parte no processo penal da ação pública, incindivelmente por razões evidentes. 2. O Ministério Público, nos processos de ação penal pública, que lhe incumbe promover, privativamente, como função institucional (Constituição da República, artigo 129, inciso I), é sempre parte, mesmo no grau recursal, em que ocorre o fenômeno da sucessão de órgãos na posição do autor na relação processual. 3. Viola os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, com iniludíveis reflexos na defesa do paciente, a inversão das falas das partes em sessão de julgamento de recursos (Precedentes). 4. Ordem concedida para anular o julgamento de recurso em sentido estrito, determinando-se que outro se proceda.”⁽³⁾

Realmente, embora em alguns casos o Ministério Público atuante perante os tribunais se pronuncie oralmente em favor de teses da defesa, isso não implica que exerça o papel de *custos legis* e que deva falar depois do advogado. Quando no papel de parte também em muitos casos

pode pedir até mesmo a absolvição do réu, sem que isso possa ser usado como argumento para se inverter a ordem de apresentação das alegações finais. *O que importa é que existe a possibilidade da manifestação oral ser contrária à defesa, o que já é suficiente para que sempre esta se manifeste por último, de modo a poder reagir à opinião do Parquet.*

Fica igualmente difícil aceitar, como bem registrado no acórdão referido, que um órgão, uno e indivisível que atuou como parte em primeira instância, possa atuar unicamente como fiscal da lei em segundo grau ou junto aos Tribunais Superiores, possibilitando que fale posteriormente à defesa. A ação penal também é única, não se podendo admitir que em determinada fase o *Parquet* seja parte e em outra fiscal da lei.

De qualquer forma, ainda que se entendessem que o Ministério Público atuante

perante os tribunais funcionasse apenas como *custos legis*, isso não seria suficiente para se aceitar que possa manifestar-se após a defesa. Como já dito, existe a possibilidade da manifestação ser contrária à defesa. Além disso, a defesa se manifesta depois do *Parquet* ainda quando este funcione apenas como *custos legis*, como no caso das ações penais de iniciativa privada (artigo 500, parágrafo 2º, do CPP).

Em conclusão, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal junto aos autos de *Habeas Corpus* n. 87.926 reforça sobremaneira poucos — todavia importantíssimos — precedentes de mesmo conteúdo. Seja em que caso for, recurso do Ministério Público, da defesa ou de ambos, não se pode mais admitir que haja essa descabida inversão na ordem das manifestações orais, pois o réu sempre está na posição defensiva

(considerando-se a ação como um todo único) e sempre há a possibilidade da manifestação do Ministério Público ser contrária à defesa.

NOTAS

- (1) **TORON, Alberto Zacharias.** “O contraditório nos tribunais e o Ministério Público”, *Estudos em Homagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 99.
- (2) **CRUZ, Rogério Schietti Machado.** *Garantias Processuais nos Recursos Criminais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 94.
- (3) *Habeas Corpus* 18.166/SP. Vide ainda, guardadas as devidas diferenças, o RHC 4.457/SP também julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Robson Antonio Galvão da Silva

Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná/ICPC, especialista em Direito Penal Econômico pela Universidad Castilla-La Mancha e mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA E RECURSO DE OFÍCIO NA REFORMA PROCESSUAL

José Carlos Gobbis Pagliuca

As alterações agora processadas pela Lei nº 11.689/08 parecem ter, de vez, suprimido o recurso de ofício (para aqueles que ainda o consideram em vigor, mesmo a partir de 1988) na hipótese processual de absolvição sumária decretada nos casos de crimes dolosos contra a vida. E digo, parecem, porque, para a convicção plena da revogação do instituto, se fez pertinente análise mais criteriosa que escapa à literalidade tão-só do novo texto legal. Assim é que o art. 411, do Código Processual Penal, anterior à novata legislação modificadora, dizia que na absolvição sumária o juiz recorria, de ofício, de sua decisão. Pois bem. O novo art. 411 não foi revogado, mas, sim, recebeu redação com matéria completamente diversa, tratando, pois, de audiência na fase preliminar em rito do júri. E a absolvição sumária migrou para o art. 415, que silencia sobre recursos. Destarte, somente essa alteração textual não implica em se considerar extinta a absolvição sumária, porque ainda havia e há menção à sua existência no art. 574, II, que trata da voluntariedade dos recursos. Ali se explica que os recursos serão interpostos por vontade das partes ou compulsoriamente pelo juiz, nos casos elencados, um dos quais, a absolvição sumária. Assim, será que o novo art. 415 deverá ser lido em substituição ao antigo art. 411, quando da leitura do art. 574, II (como se faz com outras hipóteses legais de revogações ou modificações não explícitas, em que artigos são deslocados) ou o novo art. 415 disciplina totalmente a questão? A primeira hipótese deve ser considerada pela

regra da generalidade, porque ligada ao âmago dos recursos unicamente, sendo o art. 574, II, não tanto disciplinador do recurso de ofício à absolvição sumária, mas, sim, esclarecedor de regra. Porém, mesmo assim, ainda poderia conter validade e vigência, máxime porque a regra geral (o novo art. 415) nada fala. Doutra banda, com as alterações em comento, a absolvição sumária foi ampliada, saindo do casulo do júri e abrangendo todos os demais procedimentos (art. 397). Disso resulta que, se o entendimento a prevalecer seria o da permanência do recurso de ofício, como ficariam as absolvições sumárias decididas nos procedimentos ordinário e sumário? Não há (e nunca houve) previsão para o recurso de ofício em tais situações e como apenas a absolvição sumária do júri estava no antigo art. 411, o art. 574, II teria que ser interpretado de forma extensiva para abraçar não apenas o art. 415 (absolvição sumária do júri), com o novo art. 397 (absolvição sumária dos demais ritos). Sem embargo, não se faz crer que o legislador, ao modificar quase toda sistemática processual que vigorou por mais de sessenta anos, pudesse cometer o equívoco de ampliar um instituto já existente e deixá-lo, por outro lado, a critérios interpretativos duvidosos e não tanto satisfatórios ou plenamente convincentes. E de mais a mais, veja-se que a nova lei se preocupou, em parte, com a problemática recursal da absolvição sumária no júri, tanto que alterou o tipo de recurso cabível, que era o recurso estrito, passando a ser

agora, o de apelação, fazendo isso de modo explícito, tanto no capítulo processual do júri, quanto nos recursos em geral (arts. 416 e art. 581, IV e VI-art. 2º, da Lei 11.689/08). Ora, se mesmo assim fazendo a lei, pode ser que tenha se esquecido de modificar o art. 574, II. Ou pode ser que o entendeu tacitamente revogado em razão das novas alterações. Prefiro ficar com essa última possibilidade. Não há como se sustentar a ampliação interpretativa do art. 574, II para alcançar todas as hipóteses previstas porque o novel instituto, a meu ver, disciplinou de modo totalmente diverso do modo até então existente, procurando, sem dúvida, sobretudo, enxugar as formas ritualísticas, inclusive com possibilidade de absolvição sumária para todos os processos em curso, com decisão terminativa de mérito (apelável), que incompatibiliza a possibilidade de recurso oficial, figura burocrática e contrária à vontade das partes. E, por uma interpretação sistemática, todos os demais casos de recurso de ofício (reabilitação, arquivamento de inquérito em crimes contra a economia popular, concessão de *habeas corpus* em 1º grau e decisão do relator que indefere revisão criminal) não são hipóteses de interrupção de fase processual, por assim dizer, mas, sim, decisões em fase final da lide, o que não compromete a missão do novo legislador em acelerar o processo penal, como quis com a atual reforma.

José Carlos Gobbis Pagliuca

1º promotor de Justiça da Capital/SP

PORQUE ADOTAR A TEORIA DA ACESSORIEDADE EXTREMADA DA PARTICIPAÇÃO

Paulo de Souza Queiroz e Aldeleine Melhor Barbosa

A participação, isto é, cooperação dolosa em crime alheio, pressupõe, logicamente, a autoria, tratando-se, por conseguinte, de um conceito não autônomo, mas acessório, que, como tal, depende do conceito principal: o conceito de autor. Exatamente por isso, o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (CP, art. 31).

Mas esse caráter acessório da participação comporta graus⁽¹⁾ e é ordinariamente assim classificado: a) acessoriedade mínima: a punição do partícipe depende da simples conduta típica do autor; b) acessoriedade limitada: a punição do partícipe exige conduta típica e antijurídica do autor; c) acessoriedade máxima ou extremada: a punição do partícipe exige, além da conduta típica e antijurídica, a culpabilidade do autor; d) hiperacessoriedade: a punição do partícipe depende também da punibilidade do autor.

Pois bem, apesar de a teoria da acessoriedade limitada (item b) ser absolutamente majoritária na doutrina⁽²⁾, pensamos que a razão está com a teoria da acessoriedade extremada, motivo pelo qual sempre que o autor for absolvido por inculpação (v.g., erro de proibição, coação moral irresistível), tal deverá beneficiar o partícipe, em virtude do caráter acessório da participação.

Em primeiro lugar, porque a inculpação do autor implica o reconhecimento do caráter não criminoso do fato principal; logo, não faria sentido que se tivesse por criminoso a participação, acessória que é. É que a participação em fato não criminoso, criminoso logicamente não é. Em segundo lugar, porque a teoria da acessoriedade limitada acaba por autonomizar a participação relativamente à autoria, negando-lhe a pressuposta acessoriedade. Em terceiro lugar, porque não parece compatível com o princípio da proporcionalidade que, embora absolvido o autor, se possa castigar o partícipe. Em quarto lugar, porque nem sempre é fácil estabelecer uma diferenciação clara entre excludentes de ilicitude e de culpabilidade (v.g., coação moral irresistível e legítima defesa de terceiro), e, pois, saber se o partícipe é ou não jurídico-penalmente responsável. Além disso, a distinção entre uma e outra não preexiste à interpretação, mas é dela resultado.

Daí se dizer que não se pode aplicar a

teoria da acessoriedade limitada sem maiores reflexões⁽³⁾. É que situações há em que a não inculpação do autor haverá de se comunicar ao partícipe necessariamente. É o caso do pai que realiza a conduta típica sob séria ameaça de morte de seu filho (coação moral irresistível), hipótese em que o partícipe que o auxilia não poderá ser responsabilizado, isoladamente, pelo cometimento do crime.

O mesmo pode ser dito quando o partícipe auxilia o autor a praticar um fato amparado pela inexigibilidade de conduta diversa. É o caso do dono da empresa que, já em processo falimentar e com vários títulos protestados, deixa de repassar à Previdência Social as contribuições descontadas de seus empregados. Com efeito, quem ajuda o agente que se encontra em tal situação não pode responder autonomamente pelo crime do art. 168-A do Código Penal, pois tampouco lhe é exigível conduta diversa. Também não faz sentido que o autor seja absolvido por erro de proibição inevitável e o partícipe condenado (v.g., o caçador e quem o auxilia; aquele absolvido, este condenado).

Quanto à objeção de que o partícipe seria beneficiado por circunstância pessoal que não lhe diz respeito, tal é perfeitamente aplicável às excludentes de tipicidade (v.g., erro de tipo) e ilicitude (v.g., legítima defesa), e, pois, não procede.

Finalmente, tudo o que acaba de ser dito não se aplica à hipótese de inimputabilidade por alienação mental ou menoridade, porque, diversamente dos demais casos de exclusão de culpabilidade, aqui o autor (inimputável) sofrerá uma sanção adequada à sua situação: medida de segurança ou medida sócio-educativa, conforme o caso. Exatamente por isso, o partícipe, tendo tomado parte numa ação típica, ilícita e culpável, logo, punível, será castigado na forma da lei. Aqui, sim, a circunstância de caráter pessoal do autor não lhe aproveita. E mesmo que pudesse aproveitá-lo, não seria para deixá-lo impune, mas para lhe impor medida de segurança ou medida sócio-educativa, sanções legalmente incompatíveis com a sua condição de imputável.

Não é correto dizer que o Código Penal adotou a teoria da acessoriedade limitada por conta do disposto nos arts. 29, § 2º, 30, 31 e 62, todos do CP. Sim, porque, embora tais artigos afirmem a acessoriedade da participação, nada dizem sobre o seu grau, que é assim uma questão doutrinária.

Por último, não é correto dizer que o Código Penal adotou a teoria da acessoriedade limitada por conta do disposto nos arts. 29, § 2º, 30, 31 e 62, todos do CP⁽⁴⁾. Sim, porque, embora tais artigos afirmem a acessoriedade da participação, nada dizem sobre o seu grau, que é assim uma questão doutrinária⁽⁵⁾. Mais: dizem respeito essencialmente à punibilidade e à individualização judicial da pena, e só acidentalmente à teoria do crime.

NOTAS

- (1) **MAYER, Marx Ernest** apud **BATISTA, Nilo**. *Concurso de Agentes*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 164.
- (2) Nesse sentido: **WELZEL, Hans**. *Derecho Penal Ale-man*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 135; **JESCHECK, Hans-Heirich**. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4ª ed., Granada: Editorial Comares, 1993, pp. 596-597. No Brasil: **DE JESUS, Damásio**. *Direito Penal: Parte Geral*. 27ª ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 416; **BITTENCOURT, Cezar Roberto**. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 423/424; **BATISTA, Nilo**. *Concurso de Agentes*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, pp. 164-165; **GRECO, Rogério**. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. I, 8ª ed., Niterói: Impetus, 2007, pp. 453/454; **ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al.** *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 684-686. Contrariamente, adotando a teoria da acessoriedade limitada: **BRUNO, Aníbal** apud **BATISTA, Nilo**. *Concurso de Agentes*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p. 165; **BARROS, Flávio Augusto Monteiro de**. *Direito Penal: Parte Geral*. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 416-417; **RAMOS, Beatriz Vargas**. *Do Concurso de Pessoas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 42. **CAPEZ, Fernando**. *Curso de Direito Penal*. Vol. I, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 342-343.
- (3) **GALVÃO, Fernando**. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, pp. 471/472.
- (4) **Nilo Batista**. *Concurso de Agentes*, cit., p. 165 e **GALVÃO, Fernando**. *Direito Penal*, cit., p. 472.
- (5) **Flávio Augusto Monteiro de Barros**. *Direito Penal*, cit., p. 417.

Paulo de Souza Queiroz

Doutor em Direito (PUC/SP), procurador regional da República e professor do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB)

Aldeleine Melhor Barbosa

Analista processual do Ministério Público da União e especialista em Direito Público

A QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO APÓS O HC 76.686

Andrei Zenkner Schmidt

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 9 de setembro passado, examinou pedido de *habeas corpus* (autuado sob o nº 76.686) por nós formulado — em co-autoria com os advogados **Juliano Breda**, **Cezar Roberto Bitencourt**, **Antônio Carlos de Almeida Castro** e **Roberta Cristina Ribeiro de Castro Queiroz**⁽¹⁾ — no bojo do qual questionava-se a validade de monitoramento telefônico determinado judicialmente em procedimento criminal que acabou por instruir diversas ações penais contra os pacientes. A decisão, à unanimidade, concedeu a medida postulada para o fim de reconhecer a ilegalidade do monitoramento telefônico, justificando a conclusão, em suma, com base no excesso de prazo que perdurou a diligência e na ausência de fundamentação das decisões judiciais que determinaram a renovação da medida.

A decisão é paradigmática porque veio a corrigir a absoluta ausência de critério com que o Supremo Tribunal Federal, quatro anos antes (16.09.2004), veio a denegar pedido semelhante, porém relacionado a outro processo penal, nos autos do *Habeas Corpus* nº 83.515 — também de nossa autoria, impetrado conjuntamente com os advogados **Cezar Roberto Bitencourt**, **Salvo de Carvalho** e **Alexandre Wunderlich**. Naquela ocasião, o Pleno do STF, por maioria, reconheceu que o monitoramento telefônico que, na hipótese daqueles autos, havia persistido por mais de sete meses, não era ilegal, interpretando o art. 5º da Lei nº 9.296/96 no sentido de que o prazo de 15 dias poderia ser prorrogado sucessivamente, sem estabelecer limites para tanto, tendo em vista que o fato era complexo e exigia investigação diferenciada⁽²⁾. Votou vencido apenas o ministro **Marco Aurélio**, advertindo, já naquela ocasião, para os riscos de conferirmos interpretação flexível do prazo de monitoramento telefônico⁽³⁾.

O voto vencido do min. **Marco Aurélio** assume, hoje, o caráter de prenúncio histórico da crise por que vem passando o nosso país, especialmente no que se refere aos recentes escândalos envolvendo grampos telefônicos e escutas ambientais ilegais. Incurrendo num pragmatismo processual infundado — justificado pela cláusula polissêmica da “complexidade dos fatos” —, o Pleno do STF, naquele precedente, ao não fixar parâmetros mínimos de razoabilidade no que tange ao tempo de duração do monitoramento telefônico, acabara simbolicamente transferindo um amplo poder discricionário às autoridades judiciárias para a restrição de um direito fundamental. Da leitura daquele precedente, chegamos à conclusão de que, em nome da necessidade e da utilidade do monitoramento telefônico (presentes, a rigor, em toda e

qualquer investigação), os fins da diligência justificariam os meios empregados. Por ironia do destino, tivemos de assistir à violação ilegal dessa garantia atingir os próprios ministros do STF para que a conclusão fosse repensada institucionalmente. Não temos dúvida em afirmar que, caso o HC 83.515 fosse julgado hoje pelo STF, outro teria sido o seu resultado. E nesse sentido é que o HC 76.686, apreciado pelo STJ há poucos dias, veio em boa hora.

Tomemos por premissa os limites fáticos e jurídicos da recente decisão. O pedido de *habeas corpus* tratava de interceptação telefônica que perdurou por exatos dois anos, um mês e doze dias, sendo sucessiva e ininterruptamente renovada mediante autorizações judiciais. Os limites deste artigo não nos permitem elucidar suficientemente a questão fática envolvendo o caso⁽⁴⁾, mas, apesar disso, podemos destacar duas questões básicas submetidas ao STJ: o monitoramento telefônico fora renovado, nos cinco primeiros meses, sem que qualquer indício delitivo surgisse e, nos 20 meses (*sic*) restantes, à míngua de fundamentação judicial válida acerca da concreção fática dos requisitos estabelecidos na Lei nº 9.296/96.

Ao contrário do que se tem afirmado, ainda não está claro se o STJ determinou que o prazo máximo da interceptação telefônica seja de 15 dias, prorrogáveis só uma vez. Embora o tema tenha sido tratado no voto do relator, só após a íntegra do acórdão ser publicada é que poderemos verificar como se posicionaram os ministros sobre essa questão. Pelo menos dois votos reconheceram o excesso de prazo na quebra do sigilo telefônico no caso concreto e, todos, a insuficiência da fundamentação das decisões judiciais proferidas. Quanto à questão temporal, a premissa da impetração, portanto, era no sentido de que, ainda que pudéssemos admitir que o prazo de 15 dias, determinado pelo art. 5º da Lei nº 9.296/96, comportasse mais de uma renovação, tal possibilidade não seria ilimitada.

É inegável que o prazo de 15 dias, se interpretado como renovável somente uma vez — embora essa seja a dicção da Lei nº 9.296/96 —, tornaria inócua, na maioria dos casos, a eficácia do meio. Seria salutar, nesse rumo, que uma nova lei viesse a disciplinar limites temporais um pouco mais amplos, porém com limites rígidos. Enquanto tal reforma não se verifica, podemos, de forma satisfatória, buscar subsídios interpretativos na jurisprudência internacional.

O art. 579 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, na Espanha, estabeleceu que o monitoramento telefônico poderia perdurar por três meses, “*prorrogable por iguales períodos*”⁽⁵⁾. Os limites temporais foram questionados em recursos de amparo perante o

Tribunal Constitucional espanhol, que conferiu, de início, interpretação bastante flexível à regra processual. Em razão disso, o tema foi submetido a exame pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. No precedente *Valenzuela Contreras v. Spain*, o TEDH reconheceu que os itens 2 e 3 do art. 579 eram ofensivos ao art. 8 da Convenção Europeia para a Proteção de Direitos Humanos⁽⁶⁾, condenando pecuniariamente o governo espanhol por não conferir proteção normativa adequada a esta garantia fundamental⁽⁷⁾. Posteriormente, no caso *Prado Bugallo v. Spain*, o governo espanhol foi novamente condenado por persistir na omissão, porém especificamente em relação ao *dies a quo* da contagem do prazo da interceptação — que deveria ser a data da decisão judicial, e não o dia em que o “grampo” é implementado, sob pena de a restrição ao direito fundamental ficar a cargo da autoridade policial⁽⁸⁾. Em razão desses dois precedentes, o Tribunal Constitucional espanhol, na STC 26/2006, conferiu nova interpretação jurisprudencial capaz de atingir a limitação imposta pelo TEDH⁽⁹⁾.

A jurisprudência do TEDH continua firme em exigir limites normativos explícitos e razoáveis nas legislações que tratam do monitoramento telefônico como meio de prova, consoante demonstram os casos *Huwig v. France* (24.04.1990), *Kruslin v. France* (24.04.1990) — em que a França foi condenada porque o art. 100-2 do Code de Procédure Pénale⁽¹⁰⁾ não conferia tutela jurídica suficiente — e *Doerga v. The Netherlands*⁽¹¹⁾. Não é novidade alguma, portanto, que a proteção do direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, notadamente em relação a rígidos limites temporais, deve dar-se no plano normativo. Talvez seria o caso de a nossa futura legislação copiar o modelo adotado pela legislação alemã, cujo § 100b.2 do StPO estabelece que o monitoramento pode ser determinado por três meses, admitida uma única prorrogação⁽¹²⁾.

A evolução jurisprudencial e legislativa referida acima desnuda nosso estranhamento com a tese de que, no Brasil, em pleno regime democrático, escutas telefônicas possam ser renovadas indefinidamente a pretexto de que “fatos complexos” sejam adequadamente investigados, ao mesmo tempo em que a história nos é fértil em demonstrar o preço que pagamos sempre que o direito não foi capaz de limitar a interferência estatal na liberdade individual.

O segundo argumento essencialmente explorado pelo STJ, no HC 76.686, teve relação com o vício formal constatado principalmente nas decisões judiciais que autorizaram as sucessivas renovações do monitoramento telefônico. Foram diversas as

decisões que, ora reportando-se apenas aos relatórios encaminhados pela Polícia Federal ao juízo, ora aos fundamentos expostos na primeira decisão que autorizou a escuta, justificavam as renovações em despacho que não ultrapassavam mais de duas linhas. É a crítica não se limita ao caso julgado: se realizarmos uma pesquisa empírica envolvendo outras hipóteses em que o monitoramento telefônico também fora renovado judicialmente, veremos que, na maioria deles, as decisões tendem a assumir o mesmo caráter simplificador.

A Lei nº 9.296/96 regulamentada o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF e, assim o fazendo, assume uma natureza diferenciada em relação a qualquer outra lei ordinária⁽¹³⁾. Deveras, os limites a que o legislador esteve sujeito, em estabelecer os contornos da restrição a um direito fundamental, são bem menores do que aqueles normalmente constatados na normal e relativa discricionariedade do poder legiferante. Nesse rumo, o art. 5º da Lei nº 9.296/96, ao dispor que “*A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade*”, não está apenas trazendo um singelo conselho ao poder judiciário e, muito menos, contentando-se com uma fundamentação meramente quantitativa. Ao contrário, assim como a primeira decisão que decreta a quebra do sigilo telefônico deve justificar a existência de “*indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal*”, a impossibilidade de a prova ser “*feita por outros meios disponíveis*”, a delimitação do “*objeto da investigação*” e a “*demonstração de que a sua realização é necessária*” (arts. 2º e 4º da Lei nº 9.296/96), também as renovações devem trazer o suporte material capaz de levar à conclusão de que a *necessidade* e a *imprescindibilidade* do meio continuam presentes. E não se trata, gize-se, de meramente transcrever os requisitos legais sem, ao menos, conferir-lhe um mínimo de concreção fática. Essa é a única interpretação possível que pode recair sobre uma regra processual que regulamenta a restrição de um direito fundamental. Consequentemente, não basta fundamentar a continuidade da diligência com base no teor de relatórios policiais, pareceres ministeriais ou mesmo na utilidade da prova (normalmente justificada na complexidade/gravidade dos fatos), sob pena de ofensa ao art. 93, inc. IX, da CF. Numa democracia, nem sempre o que é útil para o Estado é, só por essa razão, legítimo constitucionalmente.

Essas breves considerações não têm por objetivo reabrir a discussão processual que fora enfrentada pelo STJ, senão esclarecer os pontos essenciais do julgamento com o intuito de que os contornos fáticos daquele caso concreto sejam adequadamente apreendidos pelo futuro debate por que passará o tema. Para além disso, entretanto, não podemos nos furtar à não menos relevante crítica, ainda que breve, acerca de outro ponto problemático da Lei nº

9.296/96, sobre o qual não se pronunciou o STJ: a exigência de controle judicial sobre os diálogos monitorados. Falamos, em específico, da necessidade de que as conversas sejam transcritas em sua íntegra, não satisfazendo, tal exigência, os precários e subjetivos “resumos” dos diálogos constantes nos relatórios da Polícia Federal. O tema foi objeto de debate no HC nº 83.983, em que a 1ª Turma do STF entendeu que, “*Consoante dispõe a Lei nº 9.296/96, deve-se proceder à degravação de fitas referentes à interceptação telefônica.*” Apesar de o caso ter colorações peculiares — por exemplo, o fato de a autoridade judicial ter disponibilizado as mídias contendo os diálogos monitorados só após o interrogatório dos réus, além de ter inviabilizado a produção de prova pericial sobre gravações que continham indícios de tratamento digital —, a decisão também foi paradigmática no sentido de que a exigência de transcrição dos diálogos, contida no art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96, deveria ser cumprida. Ecoam vozes, para criticar tal entendimento, no sentido de que a exigência inviabilizaria a prova. Não nos esqueçamos, contudo, de que tal inviabilidade decorre muito mais da ilegítima complacência com os longos prazos de monitoramento do que, propriamente, da impossibilidade de transcrição. Se compreendermos que a escuta telefônica é excepcional e só pode ocorrer em curtos períodos de tempo, então as dificuldades se superam. O curioso é que, nos dias de hoje, além de normalmente ausente a transcrição dos diálogos, ainda se exige que a defesa venha a ter conhecimento de seu conteúdo no exíguo prazo de 10 dias estabelecido pelo atual art. 396 do CPP.

Longe estamos, com essas breves considerações, de apregoarmos um irrestrito e desarrazoado direito à impunidade. Pelo contrário, nossa preocupação é no sentido de que a Lei nº 9.296/96 — enquanto outra não seja editada, suprimindo as suas falhas — venha a ser interpretada de modo a estabelecer limites efetivos à restrição *excepcional* do direito fundamental ao sigilo das comunicações telefônicas e telemáticas, sob pena de, em tempos de democracia, vivermos a panacéia de um Estado policialesco. Se hoje nos queixamos de que a crise resultante dos “grampos” ilegais que afetaram os altos escalões do poder público não pode ser irresponsavelmente utilizada para deslegitimar o monitoramento telefônico judicialmente autorizado, é porque esse desvirtuamento reside, exatamente, na forma vulgarizada e descontrolada com que tal meio de prova vem sendo utilizado. Tivéssemos, há mais tempo, adotado controles rígidos sobre o uso dessa prova, possivelmente não estaríamos observando a forma irresponsável com que autoridades judiciais e policiais, em exemplos assaz conhecidos, vêm atuando na investigação criminal. E será razoável arcar-mos com um caro custo — como, no exem-

plo do precedente do STJ, a anulação de um processo penal — se este, ao final, for o preço necessário para o restabelecimento do Estado Democrático de Direito.

NOTAS

- (1) Sem esquecermos de que, além de todos os demais defensores que atuaram em primeiro grau, após a impetração, juntaram-se à “Força-Tarefa” da defesa os advogados **Jacinto Nelson Miranda Coutinho** e **José Carlos Cal Garcia Filho**, com atuação decisiva no julgamento.
- (2) Na ementa do HC 83.515, constou: “*É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96.*”
- (3) Para tanto, S. Exa. justificou: “*O que nos vem do artigo 5º da Lei nº 9.296/96 de forma pedagógica, em bom vernáculo? Que a decisão será fundamentada — e já conclui que a decisão se mostrou fundamentada —, sob pena de nulidade. Tem-se um desvio de conduta instrumental cominado com a pena de nulidade, indicando-se a forma de execução da diligência que não poderá exceder o prazo de 15 dias. Buscou-se evitar, porque se adentrou o campo da exceção, que permanecesse sobre a cabeça dos envolvidos uma verdadeira Espada de Dâmocles, projetada essa permanência no tempo. (...) A razoabilidade já me conduziria a assentar que, não levantados dados em 30 dias de interceptação telefônica, evidentemente não se pode permanecer com essa mesma interceptação, a não ser que a Polícia Federal ou a polícia comum nada tenham a fazer em termos de segurança pública e queiram ficar bisbilhotando, de forma indefinida, a vida dos cidadãos.*”
- (4) Tais detalhes podem ser obtidos através do exame da íntegra do pedido de habeas corpus, disponível em http://www.conjur.com.br/pdf/hc_76686_inicial.pdf
- (5) “*Artículo 579. (...) 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. (...)*”
- (6) “*Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*”
- (7) Veja-se a seguinte passagem da decisão: “*La Cour note, par ailleurs, qu’au moment où la surveillance de la ligne téléphonique du requérant a été ordonnée, elle avait déjà précisé, dans un arrêt constatant une violation de l’article 8, que ‘la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à opérer pareille atteinte secrète, et virtuellement dangereuse, au droit au respect de la vie privée et de la correspondance’. (...) En résumé, le droit espagnol, écrit et non écrit,*

- n'indiquait pas avec assez de clarté au moment des faits l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré*" [TEDH, Valenzuela Contreras v. Spain, 30.07.1998, disponível em <http://www.echr.coe.int>].
- (8) TEDH, Prado Bugallo v. Spain, 18.02.2003, disponível em <http://www.echr.coe.int>.
- (9) "No precisa mayor discusión el hecho de que la medida judicial que acuerda la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones debe fijarle un límite temporal. Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha exigido que una previsión sobre la 'fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida' esté recogida en la legislación española (cfr. SSTEDH Valenzuela Contreras c. España, de 30 de julio de 1998, 59, y Prado Bugallo c. España, de 18 de febrero de 2003, 30), es evidente que tal cautela debe encontrar reflejo en la resolución judicial. (...) Debemos afirmar ahora que el entendimiento de que el plazo previsto en una autorización judicial, que autoriza la restricción del secreto de las comunicaciones, comienza a correr el día en que aquélla efectivamente se realiza compromete la seguridad jurídica y consagra una lesión en el derecho fundamental, que tiene su origen en que sobre el afectado pesa una eventual restricción que, en

- puridad, no tiene un alcance temporal limitado, ya que todo dependerá del momento inicial en que la intervención tenga lugar*" [STC 26/2006, Disponível em <http://www.boe.es>].
- (10) "Article 100-2. Cette décision est prise pour une durée maximum de quatre mois. Elle ne peut être renouvelée que dans les mêmes conditions de forme et de durée."
- (11) Todos esses precedentes podem ser obtidos em <http://www.echr.coe.int>.
- (12) "§ 100b. (1) Die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation (§ 100a) darf nur durch den Richter angeordnet werden. Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch von der Staatsanwaltschaft getroffen werden. Die Anordnung der Staatsanwaltschaft tritt außer Kraft, wenn sie nicht binnen drei Tagen von dem Richter bestätigt wird. (2) Die Anordnung ergeht schriftlich. Sie muß Namen und Anschrift des Betroffenen, gegen den sie sich richtet, und die Rufnummer oder eine andere Kennung seines Telekommunikationsanschlusses enthalten. In ihr sind Art, Umfang und Dauer der Maßnahmen zu bestimmen. Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate zu befristen. Eine Verlängerung um jeweils nicht mehr als drei weitere Monate ist zulässig, soweit die in § 100a

- bezeichneten Voraussetzungen fortbestehen."*
- (13) Não é à toa, assim, que, até 1996, predominou o entendimento jurisprudencial no sentido de que as interceptações telefônicas, mesmo que decretadas por ordem judicial, eram nulas, visto que inexistia, até então, lei específica regulando a matéria [v., por exemplo, STF, HC 75.545/SP]. São evidentes as razões que levaram o STF a, antes da edição da Lei nº 9.296/96, anular dezenas de processos em que fora determinada, judicialmente, a interceptação telefônica: a) sob o ponto de vista formal, o inc. XII do art. 5º ainda não estava regulamentado, possuindo, portanto, eficácia contida; b) sob o ponto de vista substancial, a violação de um direito fundamental há de seguir procedimento legalmente estabelecido, sob pena de o seu titular ficar à mercê dos impulsos judicantes e sociais incidentes sobre casos concretos.

Andrei Zenkner Schmidt

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, doutorando em Direito Penal pela Universidade de Coimbra, professor de Direito Penal da PUCRS e advogado criminalista

ENSAIO SOBRE A CEGUEIRA VOLUNTÁRIA

Alexandra Lebelson Szafir

*"Living is easy with eyes closed,
misunderstanding all you see."*

The Beatles, *Strawberry Fields Forever*

Certamente, todos estão familiarizados com a história, amplamente divulgada pelos meios de comunicação, dos três jovens que passaram dois anos presos sob a acusação de terem estuprado e matado a ex-namorada de um deles. Com a prisão do "serial killer" que ficou conhecido como o maníaco de Guarulhos, este teria confessado a autoria do crime, com uma riqueza de detalhes que somente o verdadeiro assassino poderia conhecer, como, por exemplo, a roupa usada pela vítima quando foi morta, o fato de o corpo ter o rosto coberto por um véu, etc.

Os rapazes foram soltos, o promotor de Justiça responsável pelo caso já avisou que pedirá a absolvição deles, o secretário de Segurança Pública já anunciou que eles serão indenizados sem necessidade de processar o Estado e todos comemoram o final feliz, o desfazimento de uma gravíssima injustiça, que, felizmente, aconteceu antes de uma possível condenação dos réus inocentes pelo Tribunal do Júri.

Nesse clima, os jornais publicam entrevistas nas quais os jovens contam os horrores da prisão, incluindo-se aí bárbaras sessões de tortura, falam de seu medo de represálias, de planos para o futuro, dizem que são seres humanos e não lixo (e podemos apenas imaginar o tratamento dado a eles nos últimos anos, para que julgassem ser necessário fazer o esclarecimento de fato tão óbvio).

Lemos ainda a descrição da emocionan-

te saída deles da prisão e de como eles foram recebidos com fogos de artifício no bairro onde moram. É o tipo de notícia que a maioria das pessoas não se cansa de ler.

No entanto, embora renda belas matérias jornalísticas (e é mesmo inegável o interesse humano da notícia), a saída deles da prisão é a parte menos importante da história, até porque esta saída se deu por mera casualidade, ou sorte (o verdadeiro culpado foi preso por outro motivo, não porque alguém tenha dado algum crédito aos protestos de inocência dos três e tenha resolvido investigar melhor o crime pelo qual eles foram presos e processados).

O que realmente importa, repita-se, não é como e porque eles saíram da cadeia, mas como e porque nela entraram e permaneceram por tanto tempo.

Aparentemente, a questão já foi respondida: toda a injustiça aconteceu por causa de maus policiais, que os torturaram e obrigaram a assinar falsas confissões, as quais, por sua vez, induziram o promotor de Justiça e o juiz a erro. Assim, a denúncia foi oferecida e recebida; as prisões cautelares, requeridas e decretadas; a sentença de pronúncia, prolatada; e, finalmente, o recurso dos réus, improvido, mantendo-se, é claro, a prisão.

Mas parece — e é — muito cômodo e fácil atribuir a culpa aos policiais torturadores, professar repulsa à tortura, e eximir de qualquer responsabilidade os nobres membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, certamente acima de compactuar com tais condutas.

Todos parecem se esquecer de que o juiz e o promotor têm o dever de fiscalizar a

legitimidade da atuação policial. Se alguém é torturado para confessar, espera-se que, finalmente, ao se ver no Fórum, diante de um juiz de Direito e de um promotor de Justiça, como num santuário, poderá falar livremente e ali encontrar guardiães dos direitos constitucionais garantidos no artigo 5º, que se indignarão, e descartarão a confissão forjada, além, é claro, de tomar todas as medidas possíveis para punir os criminosos (fardados ou não), deixando claro que não compactuam com seus "métodos de interrogatório".

Se os três jovens alimentavam tais esperanças, deram com os burros n'água: se é verdade que, pela primeira vez, puderam falar livremente — e, segundo consta, de fato puderam, pois em entrevistas aos jornais, eles contam que a descrição minuciosa de todas as torturas por eles sofridas estão nos autos — por outro lado, não é menos exato que isso de nada lhes serviu, uma vez que aqueles que deveriam protegê-los de abusos, os tais "guardiães da legalidade", não deram crédito algum às suas palavras: prova disso é que as prisões cautelares foram mantidas e a sentença de pronúncia, prolatada, como verdadeiras chancelas do "trabalho" policial.

Ainda assim, o sistema legal tem outra forma de corrigir possíveis equívocos: o duplo grau de jurisdição. A parte que se sentir injustiçada pode recorrer ao Tribunal de Justiça, onde, após um parecer da Procuradoria de Justiça, o caso é submetido a três desembargadores, mais experientes que o juiz de primeira instância.

No caso em exame, também no tribunal, ninguém viu nada de errado com a pro-

núncia e a prisão cautelar.

Diante de tais fatos, as perguntas que, mais do que não querer calar, **berram** para serem feitas, são perturbadoras:

- Onde falhou o sistema, para que as coisas chegassem tão longe, em se tratando de réus inocentes?
- Considerando: i) que o sistema é falho, e ii) como se realçou, os três só foram inocentados por mera casualidade, quantos inocentes que não tiveram a mesma sorte — de o verdadeiro culpado ser preso e confessar o crime — não estarão presos, provisoriamente ou condenados, pelo país afora?
- Se os rapazes fossem culpados, seria menos grave torturá-los para obter suas confissões?

Com relação à primeira questão, as declarações desastradas dadas aos jornais por algumas das autoridades envolvidas ajudam a descobrir a resposta. O desembargador responsável pela Relatoria, por exemplo, insiste que manteria os rapazes presos e pronunciados, mesmo agora, diante dos fatos novos. Para defender sua posição, chega ao ponto de atribuir “notas”, numa escala de 0 a 10, para a necessidade da pronúncia e da prisão cautelar, de acordo com os elementos existentes nos autos.

Confrontado com o fato de outra pessoa ter confessado o crime com uma riqueza de detalhes que só o verdadeiro assassino poderia conhecer, o nobre julgador não se abala. Seria de se esperar que ao menos ele admitisse a mera **possibilidade** de seus critérios para avaliar os elementos dos autos estarem errados, atribuindo a esses elementos força probante maior do que eles têm na verdade. A providência seria de fundamental importância para outros réus inocentes, os quais, ante a impossibilidade de descobrir o verdadeiro autor do crime do qual estão sendo acusados, ao menos saberiam que não têm a **obrigação** ou a **necessidade** de fazê-lo, pois poderiam ter a certeza de que só seriam presos/pronunciados/condenados se houvesse elementos **idôneos** para isso.

No entanto, ao invés de fazer esse exercício de autoquestionamento e humildade, saudável até mesmo para aqueles que, diferentemente dele, não são confrontados com a prova do desacerto de suas decisões, o desembargador preferiu olhar para fora e questionar a idoneidade da prova do seu erro (coisa que nem o juiz e o promotor do caso fizeram).

Assim, ele lança dúvidas sobre a confissão do tal “maníaco”, afirmando não saber em que condições ela teria sido obtida e salientando que ele está confessando “por atacado” (como se a quantidade de crimes cometidos não fosse, por definição, característica essencial do *serial killer*).

Ainda assim, tais preocupações com as condições de obtenção da confissão são pertinentes e seriam até elogiáveis, não fos-

se pelo fato de elas não terem dado o menor sinal de vida no caso em que aquele que as manifestou tinha a **obrigação** de se preocupar: o dos três jovens que ele manteve presos. Como, até onde se sabe, neste caso Sua Excelência não fez qualquer reserva à confissão policial, embora os três tivessem **dito** expressamente nos autos que tinham sido torturados, essa súbita manifestação de dúvidas quanto à idoneidade da confissão do “maníaco” parece puro **oportunismo**. Em outras palavras, tal manifestação não parece ser fruto de uma preocupação genuína, mas da necessidade de ter argumentos para não admitir o próprio erro.

Embora o promotor de Justiça e o juiz de primeiro grau tenham tido a decência mínima de reconhecer que houve um erro grave, requerendo e determinando a soltura dos réus, é certo que se eles tivessem considerado a hipótese de que os rapazes pudessem estar falando a verdade, ao invés de confiarem cegamente no “trabalho” da polícia (para isso, convenha-se, não são necessários juízes ou promotores: poder-se-ia passar diretamente do relatório do inquérito policial ao julgamento pelo Tribunal do Júri), ou se ao menos não pedissem e decretassem prisões cautelares desnecessárias (ao que consta, ao menos um deles foi preso dentro de casa), a injustiça poderia ter sido sanada muito antes; mas, repita-se ainda uma vez, isso só ocorreu porque os réus tiveram a **sorte** de ser descoberto o verdadeiro autor do crime, ou correriam o sério risco de serem condenados no Tribunal do Júri, até porque quando o juiz e o Tribunal mantêm os réus presos, é natural que os jurados fiquem propensos a acreditar na periculosidade deles e, conseqüentemente, a condená-los (bem por isso, não é raro a acusação usar tal “argumento” ao pedir a condenação aos jurados).

A explicação para tal atuação profissional que penalizou três inocentes, ignorando suas denúncias de tortura, está expressa numa obtusa declaração dada aos jornais e é assustadora, sob vários aspectos. Segundo o promotor de Justiça, a justificativa para não dar crédito à palavra dos réus seria que “90% dos que confessam na polícia depois afirmam em Juízo que confessaram falsamente sob tortura”.

Na verdade, obtusa não é a declaração em si, que deve até ser verdadeira, mas a conclusão que dela se pretende extrair, de que, portanto, as alegações de tortura não devem, via de regra, ser levadas a sério.

A conclusão correta e óbvia, ao menos para quem enxerga um palmo na frente do nariz e que, além disso, não tolera hipocrisia, é que a **imensa maioria dessas confissões é mesmo obtida por tortura**. Não por outro motivo, o secretário dos Direitos Humanos da Presidência da República, **Paulo de Tarso Vanuchi**, afirmou que “a tortura continua sendo prática rotineira, num patamar muito elevado” (*O Estado de S. Paulo*, 4.9.2008, p. C5).

Ou alguém dotado de um pinga de bom senso realmente acredita que um sujeito, **mesmo que tenha praticado um crime (de inocentes, então, nem se fala)**, confessaria espontaneamente na polícia só para depois negar perante o juiz? Seria a figura dos policiais tão mais inspiradora de bons sentimentos (compungidos, honestos) que a dos magistrados, perante quem os acusados não teriam qualquer pudor em mentir? Seria algum curso de psicologia do interrogatório ministrado nas academias de polícia a que os juízes não têm acesso? Teriam os policiais alguma nova tecnologia, uma espécie de “interrogator tabajara”? Algum soro da verdade, talvez?

Bem por isso, em sua obra primorosa, *O Valor da Confissão* (Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª ed., 1999) **Guilherme de Souza Nucci** dedica um trecho especialmente à confissão feita no inquérito policial. De início, afirma, “*não se pode iniciar a avaliação sem conhecer a razão de ser do inquérito policial e os notórios aspectos ligados à violência policial no curso das investigações do crime*” (p. 187, grifos nossos).

E, mais adiante, o autor deixa claro que, “*como procedimento preparatório e preventivo, não tem qualquer contorno judicial, sendo inválido para produzir provas, via de regra, contra o réu,*” pois “*estão longe do inquérito policial os princípios fundamentais da ampla defesa e do contraditório*” (ob. cit., p. 189/190, grifos nossos).

E prossegue:

“*Ressalte-se o disparate que ocorre, atualmente, nos julgamentos do Tribunal do Júri, quando provas produzidas na polícia, sem a menor confirmação em juízo, são exibidas com a maior naturalidade aos jurados, como se efetivas provas fossem, auxiliando sobremaneira na condenação dos réus. Afinal, juízes leigos que são, como discernir entre provas da polícia e provas do juízo? Se nebulosos ainda são os conceitos do contraditório e da ampla defesa para muitos juízes togados, logicamente, dos jurados não se poderia exigir pleno discernimento a esse respeito. Ao decidirem por livre convencimento imotivado, podem optar pela condenação exclusivamente por conta de uma prova — às vezes até falsa — produzida na fase extrajudicial. Essa não é a garantia que queremos para uma imparcial distribuição de justiça, de forma que deve o Judiciário fortalecer sua posição contrária à realização e aceitação desse tipo de prova*” (ob. cit., pp. 192/3, grifos nossos).

Não obstante tais lições, no caso concreto, os membros do Poder Judiciário e Ministério Público parecem ter preferido seguir o caminho descrito pelos Beatles na canção cujo trecho serve de epígrafe a este texto. E os “FAB Four” tinham absoluta razão: viver com os olhos fechados, entendendo errado tudo o que se vê realmente é fácil. Sem dúvida, mais fácil do que encarar a realidade e tentar mudá-la.

Afinal, responda você, caro leitor, em

que mundo prefere viver: num onde a polícia tortura e forja confissões de acordo com suas próprias convicções ou naquele em que criminosos, embora capazes de estuprar e matar cruelmente, acabam tendo a honestidade de confessar aos seriíssimos e respeitadores policiais (ainda que depois estraguem tudo, ao inventarem essas histórias de tortura nos interrogatórios judiciais)?

Se você escolheu a segunda opção, talvez entenda por que magistrados e promotor tenham feito a mesma escolha, fechando os olhos e entendendo errado o que viam. Tinham diante de si três jovens dizendo que assinaram confissões falsas sob tortura e viram três criminosos perigosos e mentirosos. Seria quase compreensível, não fosse a natureza de seus cargos, que não lhes permite fechar os olhos e escolher o mundo em que vão viver e as gravíssimas consequências de tal postura, para esses e muitos outros réus.

A única alternativa a esta hipótese de “cegueira voluntária” é bem pior e, por isso, impossível de se acreditar: teriam admitido a possibilidade de os réus terem sido torturados, mas, acreditando-os culpados, simplesmente não teriam se importado, quer por achar que os fins (obter a confissão) justificam os meios, quer por não achar de todo injusto que supostos criminosos confessos recebessem “um castiguinho a

mais”, deliberadamente ignorando que o ordenamento jurídico não distingue se a vítima de tortura é ou não culpada de algum crime.

Como não se pode admitir tal alternativa, só se pode concluir que, realmente, ninguém quis enxergar o óbvio, que os rapazes foram torturados, tornando suas confissões **imprestáveis** (como, de resto, deveriam ser todas as confissões e provas policiais não-confirmadas em Juízo).

É verdade que há notícias a respeito de uma testemunha que teria ouvido os três rapazes conversarem entre si, supostamente sobre o crime, dizendo algo como “era só para ter dado um corretivo nela”.

Porém, dada a falta de divulgação de maiores detalhes, não se pode deixar de indagar se tal testemunha foi ouvida em Juízo, com todas as garantias do contraditório, esclarecendo, compromissada, exatamente em que circunstâncias teria presenciado tal declaração e, nesse caso, se já foram tomadas providências para apurar a possível ocorrência do crime de falso testemunho. Ou se, por outra, trata-se de testemunha apenas referida pelos policiais, ou ouvida só na fase inquisitorial, possivelmente sem identificação ou qualificação apropriadas. Infelizmente, não seria o primeiro caso desse tipo de que se tem notícia; mas, se for esse o caso, melhor seria

nem mencionar essa “prova”, para não tornar ainda mais embaraçosa uma situação já delicada.

Por fim foi divulgada uma última “prova” que teria pesado contra os réus: uma testemunha, próxima ao local do crime, teria ouvido um barulho semelhante ao estouro de um escapamento com defeito, defeito este apresentado pelo carro de um dos réus. Haveria **muito** a dizer a respeito das fragilidades de tal circunstância como elemento probatório, mas não se fará isso aqui.

Primeiro, porque tais fragilidades são óbvias demais; mas principalmente porque esta não é uma peça de defesa dos réus, mas uma tentativa de descobrir onde e porque o sistema falhou.

Portanto, só cabe dizer que, quando se ignora a presunção de inocência, qualquer migalha que nada provaria se o ônus da prova fosse mantido com a acusação acaba servindo para confirmar a ilegalmente presumida culpa do acusado.

Só nos resta lutar para chegar o dia em que, ao invés de *Strawberry Fields*, possamos nos remeter a *It's a Wonderful World*.

Alexandra Lebelson Szafir

Advogada criminalista em São Paulo e
membro fundadora do Instituto de
Defesa do Direito de Defesa - IDDD

QUASE TUDO SOBRE UM ASSALTO

Edson Passetti

De repente eles estão no interior de sua casa. São muitos. Estão armados. Querem parecer fortes, machos, decididos. Agem como policiais, aos gritos, e nos prendem com algemas. Metem socos, mandam ficar de cabeça baixa, só querem saber onde está o cofre, o ouro, o dinheiro. Metem nas cabeças das mulheres os revólveres reais e de brinquedos. São assaltantes com desempenho de policiais. Exercitam uma relação que só existe por meio das trocas que eles estabelecem no cotidiano. Uns roubam, outros capturam mercadorias roubadas. Uns invadem sem lei, outros dão flagrantes com lei. Ou é mais ou menos isso e aquilo? Ambos ameaçam de morte. Na maioria das vezes, desconhecem o bom-senso e por isso matam: demente maior! Ambos exigem obediência incondicional; são covardes, fracassam e precisam dos negócios ilegais com armas, cofres, ouros, dinheiros. Entram e saem de delegacias e prisões impregnadas de negócios e bolor. Tudo deve acabar num negócio ligeiro. Tolo é o cidadão que acredita em recuperação pelo trabalho ou pela religião. Insano o que defende pena de morte. Não há saída pelas penas encarceradoras ou capital (pena capital, o luzidio nome da morte). Eles fazem parte dos negócios de pastores e de empresas com

presos; comércio legais e ilegais. Os assaltantes são apenas parte desse amontoado de mortos-vivos que ninguém recupera, e que desde criança quase ninguém notou; quando dele se aperceberam foi como parte do contingente de insuportáveis. Ele rouba com seu revólver, máscara e pose aprendida pela TV e estudada diante do espelho. Ele toma o seu computador e os carrinhos de brinquedos. Para si, para seu filho, para o filho da sua companhia, para seu irmão? Por nada e por quase tudo! Não se veste como pobre, mas como classe média *25 de março*. São civis, quem sabe cidadãos! Não vivem para serem recuperados, mas para alimentar programas de reabilitação de irrecuperáveis, liderados por devotos e ongueiros. Não há programas de punição a céu aberto, nem prisão, nem direitos disso ou aquilo que irão contê-los. Eles existem para gerar empregos úteis e fazer repercutir a seletividade do sistema penal. Suas existências sustentam a empregabilidade dos serviços. Eles são imperativos para novas reformas penais, para os tribunais, para novas empresas de controle eletrônico, para o seguro de morte. Vivem pela morte de cada um de nós. Vivem para aumentar a segurança, a polícia, o medo... Vivem para morrer por isso. E podem te le-

var. E pouco importa se te levam. Às vezes, são notícias na imprensa, no telejornal... Eles não têm nada a dar ou perder. São os filhos dessa vida conformista, emburrecida, assistencial, paranóica, lucrativa, negociada, sombria e claudicante numa época conservadora e moderada. Te chamam de filho da puta, te mandam ficar quieto, te levam objetos e roupas, as chaves da casa, mas não levam a minha coragem. Me deixam mais forte. Continuo um abolicionista penal mais *raçudo*. Não há castigo, prisão, encarceramento a céu aberto que não produza cada vez mais o assaltante solitário, o perdedor radical, a quadrilha, os partidos do crime, os comandos multicoloridos, as polícias nessa insana defesa da moral fundada em penas e recompensas. Não adianta reformar a escola e aumentar os direitos quando tudo deve ser feito para permanecer amedrontador: no dia-a-dia, no programa do político candidato, nos tribunais, na maioria das casas. Éta maioria untuosa! **Estamos todos presos! Não pergunte quem eu sou, e não espere que eu seja o mesmo.**

Edson Passetti

Professor livre-docente da Faculdade de Ciências
Sociais da PUC-SP e coordenador do Nu-Sol
(Núcleo de Sociabilidade Libertária)

A MUTAÇÃO JURISPRUDENCIAL COMO FUNDAMENTO DA REVISÃO CRIMINAL

Tatiana Machado Corrêa

A revisão criminal é uma ação impugnativa autônoma que possibilita ao condenado rescindir a sentença penal condenatória transitada em julgado a qualquer tempo e que só pode ser proposta se presente uma das hipóteses do art. 621, do Código de Processo Penal: sentença **condenatória** contrária ao texto expresso da lei penal ou; à evidência dos autos; **sentença condenatória** baseada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; descoberta superveniente à **sentença** de novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Quanto à primeira hipótese, indaga-se quanto à possibilidade de se invocar o posterior entendimento jurisprudencial mais favorável como fundamento da revisão criminal.

Trata-se de debate semelhante àquele correspondente ao cabimento de ação rescisória em caso de mudança de jurisprudência, com base no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, tema sobre o qual o E. Supremo Tribunal Federal já se manifestou nos seguintes termos: em regra, não cabe a ação rescisória para desconstituir decisão baseada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais à época do julgamento, quer dizer, quando se elege uma dentre as interpretações possíveis, ainda que não seja a melhor (Enunciado nº 343)⁽¹⁾; porém, atualmente, admite-se rescisão quando a sentença transitada em julgado violar interpretação constitucional do Pretório Excelso, ainda que essa seja posterior ao julgado (AI-AgR 555.806/MG, 2ª Turma, rel. min. **Eros Grau**, j. 01/04/2008, DJ 18/04/2008). Segundo tal opinião, a regra é a imutabilidade da coisa julgada, ainda que posteriormente pacificada a jurisprudência, admitida a ação rescisória apenas no caso de matéria constitucional.

Quanto à revisão criminal, antes do advento da Constituição de 1988, o Pleno do E. STF concluiu, nos autos da RvC nº 4.592-5/SP (rel. min. **Cordeiro Guerra**, por maioria, j. 12/11/1980, DJ 27/02/1981), pela negativa de cabimento no caso de mudança de interpretação de determinado dispositivo legal, com amparo no enunciado nº 343, ou seja, o paradigma foi o entendimento adotado quanto à ação rescisória. Pertinente, portanto, o questionamento acerca da manutenção dessa posição, a qual vem sendo amplamente seguida pelos demais tribunais. Cite-se, por exemplo, REsp. 508.695/SP (STJ, 5ª Turma, por unanimi-

dade, rel. min. **Laurita Vaz**, j. 02/10/2003, DJ 03/11/2003, p. 344).

Embora sejam apontadas semelhanças da revisão criminal com a ação rescisória, convém distinguir. Por meio da revisão criminal, o condenado considera que a sentença condenatória transitada em julgado configura uma intervenção arbitrária do Estado na sua liberdade e pretende sua desconstituição, o que pode se dar a qualquer tempo. De forma diversa, a ação rescisória, em regra, só pode ser proposta no prazo de dois anos do trânsito em julgado da sentença que acertou o direito material. Em razão da peculiaridade do pleito revisional criminal, o enfoque do tema mutação jurisprudencial deverá ponderar essas duas questões: *status libertatis* e respeito à coisa julgada.

O Direito Penal, em prestígio à garantia de uma esfera de liberdade do indivíduo frente à intervenção estatal, considera irretroativa a lei mais gravosa e autoriza a retroatividade da norma mais benéfica, a qualquer tempo (art. 5º, XL, da Constituição e art. 2º e parágrafo único do Código Penal). Assim, pode-se afirmar que a sentença penal condenatória transitada em julgado sempre cede lugar à aplicação da norma penal mais benéfica ao condenado.

Questão controvertida é a aplicação do princípio da retroatividade benéfica à lei processual penal. A doutrina tradicional tem entendido pela negativa, em razão da regra do art. 2º, do Código de Processo Penal que prevê a imediata aplicabilidade das regras processuais. Porém, uma corrente mais progressista pleiteia a retroação de qualquer norma que contiver um maior grau de garantia para o agente. Assim, é indiferente a classificação da norma em penal ou processual penal, o que importa é o cotejo de seu teor frente ao caso concreto: se revelar uma diminuição da intervenção estatal sobre a liberdade alheia; deve ter aplicação retroativa.

Por fim, resta saber se o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica abriga também a retroatividade da jurisprudência mais favorável. Caso positivo, quais os parâmetros da aplicação dessa jurisprudência?

Eugenio Raúl Zaffaroni e **Odono Sanguinê** são favoráveis ao pleito revisional por parte de uma pessoa; condenada sob a égide de uma jurisprudência mais rigorosa, que vem, após o trânsito em julgado, ser surpreendida por firme orientação mais branda acerca da mesma lei. A hipótese

aqui versada não se refere apenas à súmula vinculante que ofereça uma interpretação mais favorável da lei, mas também à jurisprudência amplamente majoritária, como ocorre com os enunciados das demais súmulas dos tribunais superiores.

Segundo **Sanguinê**, “a aplicação retroativa da jurisprudência mais favorável através da revisão criminal exige que a nova orientação tenha se consolidado em sentido diverso da concepção seguida ao tempo do crime ou da condenação, não sendo admissível ante mera divergência ou oscilação jurisprudencial”⁽²⁾.

Cumprir mencionar que os adeptos dessa proposta defendem também a proibição da retroatividade da jurisprudência penal mais gravosa. Nesse intuito, **Zaffaroni**⁽³⁾ postula que, em sede de controle de constitucionalidade de leis penais, o E. Supremo Tribunal Federal vincula-se à adoção de teses progressistas, de forma que se for declarada inconstitucional determinada lei, não poderá ser a decisão posteriormente revisada para fazer regredir garantias.

O ponto central da questão é que a coisa julgada, representativa da estabilidade das decisões judiciais, não é um valor absoluto e não subsiste ante a maior limitação da intervenção estatal sobre a liberdade do indivíduo. Sob o prisma do princípio da igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*, da Constituição), o qual veda o tratamento discriminatório de pessoas que se encontram numa situação equivalente, não importa se tal limitação ao poder punitivo do Estado foi estabelecida por meio de uma lei posterior mais benéfica ou mediante a superveniência de firme entendimento jurisprudencial mais benigno. Destarte, a consolidada mutação de orientação dos tribunais, agasalhando tese mais favorável ao condenado, pode ser invocada como fundamento para a revisão criminal.

NOTAS

- (1) Interpretação da redação original.
- (2) **SANGUINÊ, Odono**. “Irrretroatividade e Retroatividade de das Alterações da Jurisprudência Penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 8, n. 31, jul./set 2000, p.144/169.
- (3) **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. & *al.* *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 224.

Tatiana Machado Corrêa

Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), graduada em Direito pela universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e analista criminal na Procuradoria da República do Rio de Janeiro (RJ)

O MLAT E O INTERROGATÓRIO DO RÉU NO ESTADO REQUERIDO

Marcio Barandier

O Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal celebrado entre Brasil e EUA, promulgado entre nós pelo Decreto 3.810, de 2 de maio de 2001, tem suscitado reflexões a respeito do alcance dos seus dispositivos.

Também conhecido como MLAT (abreviação da denominação no idioma inglês, *Mutual Legal Assistance Treaty*), o pacto compreende o auxílio mútuo em hipóteses de prevenção, procedimentos investigatórios e processos relacionados a delitos de natureza criminal, prevendo uma série de providências a serem cumpridas, em regra, no Estado requerido.

No último mês de março, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, ao julgar o *Habeas Corpus* 91.444-6/RJ, relator o eminente ministro **Menezes Direito**, fixou importante precedente na interpretação do referido Acordo Internacional ao reconhecer o direito de réus norte-americanos ao interrogatório nos EUA.

Cogita-se de *leading case*, levado à apreciação do Pretório Excelso após intensos debates no TRF da 2ª Região e no STJ.

Os denunciados, citados pela via do MLAT, chegaram a ter prisões preventivas e revelias decretadas pelo Juízo de 1ª Instância, em virtude do não comparecimento a audiência marcada para os seus interrogatórios no Rio de Janeiro.

Na realidade, o próprio Ministério da Justiça do Brasil havia alertado para o fato de que as solicitações de assistência devem ser executadas em conformidade com as leis do Estado requerido e esclareceu sobre os dispositivos aplicáveis à espécie. O Ministério da Justiça, vale lembrar, não só representou o governo brasileiro na elaboração do acordo, como é a sua autoridade central, responsável pelo envio e recebimento de solicitações, como reza o item 2 do art. II.

Impetrado *HC* perante o TRF da 2ª Região, a ordem foi concedida para anular a decisão que decretou as prisões e as revelias e determinar a designação de nova data para os interrogatórios, mantida, porém, a linha de que o juiz processante teria a prerrogativa de exigir o comparecimento dos acusados no Brasil. Vencido naquela oportunidade, o douto desembargador federal **André Fontes**, que concedia integralmente a ordem para garantir aos pacientes o direito de serem interrogados nos EUA, enfatizou os riscos do que denominou de *“visão expansiva da jurisdição brasileira”*, incompatível com o momento atual em que o país vem celebrando dezenas de acordos de cooperação internacional em matéria penal.

De fato, o acatado **Francisco Rezek**, que deixou o Supremo Tribunal Federal para integrar a Corte Internacional de Justiça, bem adverte que *“o acordo formal entre Estados é ato jurídico que produz a norma, e que,*

justamente por produzi-la, desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza, enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional”⁽¹⁾.

Há, claramente, entre muitos operadores do direito, certa resistência e até incompreensão, bem percebida pelo des. federal **André Fontes**, em relação aos tratados internacionais que, como ensina ainda **Rezek**, *“embora produzido em foro diverso das fontes legislativas domésticas, não se distingue, enquanto norma jurídica, dos diplomas legais da produção interna”*⁽²⁾.

Na causa em comento, uma magistrada chegou a afirmar que a defesa pretendia a aplicação de legislação estrangeira num processo criminal em curso no Brasil, tudo porque o MLAT, entre outras disposições, assenta, ao tratar do *“Cumprimento das Solicitações”* (art. V, item 3), que *“as solicitações serão executadas de acordo com as leis do Estado requerido, a menos que os termos deste Acordo disponham de outra forma”*.

Ora, evidentemente não se cuidava disso, mas sim de se observar um pacto internacional que inspira os mesmos efeitos jurídicos das normas produzidas internamente. *Super* o tema, o professor **Guilherme de Souza Nucci** anota:

“Exceção à regra da territorialidade: caso o Brasil firme um tratado, uma convenção ou participe de uma organização mundial qualquer, cujas regras internacionais a norteiem, deve a lei processual penal pátria ser afastada para que outra, proveniente dessas fontes supragentes, em seu lugar, seja aplicada.”⁽³⁾

Os tratados, convenções, pactos ou acordos internacionais, que existem há séculos para regular entre os diferentes povos as mais diversas matérias, constituem normas jurídicas peculiares, em razão do processo de elaboração diferenciado do previsto para as demais que compõem o nosso ordenamento jurídico, e representam acordos de vontade entre duas ou mais pessoas internacionais. No Brasil, têm eles força de lei federal e encontram seus limites no texto constitucional.

Claro está que um dos desafios do acordo internacional é justamente compatibilizar sistemas jurídicos diferenciados, o que pressupõe alguma flexibilidade das partes envolvidas para melhor atender aos interesses de cada uma, desde que preservado sempre o respeito aos princípios e garantias constitucionais.

É de se notar que a nossa Lei Maior estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX) e que compete privativamente ao seu presidente celebrar tratados, convenções e atos internacionais,

sujeitos a referendo pelo Congresso Nacional (art. 84, VIII).

A leitura atenta do Decreto nº 3.810, que utiliza “depoimentos” e “declarações” como expressões sinônimas, revela que a regra geral é no sentido de que os depoimentos devem ser tomados mesmo no Estado requerido. As declarações no Estado requerente constituem exceção e, como tal, são tratadas de forma destacada no art. X.

A tese de que o MLAT garante o direito ao interrogatório nos EUA aos réus lá residentes foi submetida ao exame do STJ, em novo *HC*, no entanto a ordem restou denegada. Provocou-se então o pronunciamento do STF, também pela via da ação autônoma de impugnação.

O judicioso voto do ministro **Menezes Direito**, acompanhado por seus pares, acolhendo os argumentos da impetração e do parecer ministerial favorável à concessão da ordem, enfrenta o tema com serenidade e lógica e, de maneira até didática, promove a indispensável interpretação sistemática da legislação a partir de três aspectos fundamentais.

O primeiro deles diz respeito ao interrogatório como ato exclusivo da defesa no direito processual penal moderno, ao contrário do consignado no acórdão impugnado. Com efeito, destacou o douto ministro relator: *“O nosso sistema processual afastou a antiga concepção de que o interrogatório é ato privativo do juiz. Atualmente, a doutrina trata o interrogatório como sendo ato essencialmente de defesa (autodefesa), ligado intrinsecamente ao princípio constitucional da ampla defesa.”*

Em síntese, o interrogatório, como ato de defesa, é facultativo e, ao mesmo tempo, constitui um direito constitucional do acusado.

O segundo aspecto sublinhado refere-se ao fato de que o art. I, item 2, letra “a” do MLAT prevê que a assistência incluirá, entre outros atos processuais, *“a tomada de depoimento ou declaração de pessoas”*, entre os quais, no sentir do douto relator, incluíse o interrogatório do acusado.

Não há, portanto, óbice à delegação do ato. O Acordo de Assistência admite tal solicitação. De outro giro, os interrogatórios por precatória são promovidos frequentemente, com o aval, já antigo, do STF.

E em terceiro lugar, o art. X, item 1 do MLAT, ao tratar da solicitação de comparecimento de pessoa ao Estado requerente, dispõe que o Estado requerido **convidará** essa pessoa a comparecer perante a autoridade competente no Estado requerente, o que afasta a obrigatoriedade do comparecimento pessoal.

Convite é muito diferente de intimação ou notificação. Aquele pode ser aceito ou não pelo convidado; estas, se desatendidas, normalmente geram sanções processuais.

Aliás, o mencionado art. X não só condiciona o depoimento no Estado requerente a um **convite**, como fixa outras exigências, entre elas a cobertura de despesas e até a concessão de salvo-conduto.

Diante desse quadro, a colenda Primeira Turma do STF concluiu pelo direito dos réus norte-americanos ao interrogatório nos EUA, onde residem, situando o voto condutor que “a questão, como posta ao julgamento desta Corte Suprema, deve ser resolvida de modo a que se assegure aos pacientes as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal em harmonia com o que dispõem as leis do país requerido, por força do Acordo de Assistência firmado entre o Brasil e os EUA, promulgado pelo Decreto nº 3.810/01”.

O Acordo de Assistência celebrado entre Brasil e EUA permite a delegação do interrogatório para o Estado requerido e desobriga o acusado de comparecer no Estado requerente. Em se considerando que o interrogatório, como meio de

defesa, é direito do acusado no processo penal brasileiro, a conclusão que se retira, como fez a Corte Suprema, é de que constitui direito do réu norte-americano ser interrogado no seu país de origem e residência, tratamento este que, obviamente, pelo princípio da reciprocidade que rege os tratados internacionais, deverá ser deferido também aos brasileiros eventualmente processados criminalmente nos EUA.

NOTAS

- (1) REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18.
- (2) *Op. cit.* pp. 79/80.
- (3) NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 62.

Marcio Barandier

Advogado criminal, professor de Processo Penal licenciado da Universidade Candido Mendes (Ipanema) e coordenador regional da 6ª Região do IBCCRIM (RJ/ES)

PARTICIPE POR ACREDITAR

IV SIMPÓSIO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS DE BROTAS - BROTAS/SP

Data: 21 e 22 de novembro de 2008

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

Inscrições/Informações: a partir do início de outubro no site do IBCCRIM.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS E ALBERTO SILVA FRANCO FORAM OS ENTREVISTADOS DO PROGRAMA DIREITO E GLOBALIZAÇÃO DA TV ABERTA.

Na Segunda-feira, dia 22 de setembro de 2008, o *Programa Direito e Globalização da TV ABERTA* foi ao ar com uma entrevista realizada pelo doutor Martim de Almeida Sampaio com o professor Jorge de Figueiredo Dias, presidente do IDPEE e o doutor Alberto Silva Franco, presidente do IBCCRIM. Assista novamente ao programa que está hospedado na TV IBCCRIM, por gentileza da TV ABERTA.

ESPAÇO MARCOS ANTONIO DE LIMA

No dia 25 de setembro de 2008, às 11h00, na sala de leitura da Biblioteca do Instituto, foi inaugurado o **Espaço Marcos Antonio de Lima**. Na ocasião, houve o descerramento da placa em memória ao nosso bibliotecário, que faleceu em julho de 2007, após dedicar-se por quase sete anos a importantes atividades que contribuíram para o enriquecimento da Biblioteca do IBCCRIM.

FÓRUM ON-LINE IBCCRIM

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

Dia 15 de outubro de 2008: Cristiano Avila Maronna (doutor e mestre em Direito Penal pela USP; coordenador chefe do Depto. de Cursos do IBCCRIM e advogado em São Paulo), conversando sobre: “Aspectos Polêmicos da Nova Lei de Drogas”.

Dia 22 de outubro de 2008: João Daniel Rassi (mestre em Direito Penal pela USP; professor universitário; advogado em São Paulo e autor de obras de Direito Penal), conversando sobre: “Interceptação telefônica”.

Dia 29 de outubro de 2008: Fabio Guedes de Paula Machado (promotor de Justiça do Cidadão em MG; professor doutor da Universidade de Itaúna; professor da Universidade Federal de Uberlândia; doutor em Direito Penal pela USP; mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP; pós-graduado em Direito Penal pela *Universidad de Salamanca* – Espanha; investigador científico no *Max Planck Institut* (2000) e especialista em Direito Processual Civil e Direito Administrativo), conversando sobre: “Meio Ambiente e Direito Penal”.

Dia 5 de novembro de 2008: Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (mestre e doutorando em Direito Penal pela PUC-SP; professor da PUC-SP; defensor público; diretor da Escola da Defensoria Pública; autor de diversas obras de Direito Penal e coordenador chefe do Depto. de Projetos Legislativos do IBCCRIM), conversando sobre: “Aspectos Polêmicos dos Crimes de Trânsito”.

Dia 12 de novembro de 2008: João Paulo Orsini Martinelli (mestre e doutorando em Direito Penal pela USP; professor do Centro Universitário Padre Anchieta (Unianchieta) e das Faculdades de Campinas (Facamp); professor no curso de pós-graduação da Universidade Metodista de Piracicaba; membro da Comissão de Jovens Penalistas da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP); foi pesquisador na Universidade de Munique - Alemanha); pós-graduado em Direito Penal na Universidade de Salamanca - Espanha); conversando sobre: “Lavagem de Dinheiro”.

LEMBRE-SE: QUARTA-FEIRA, SEMPRE ÀS ONZE, É O FÓRUM QUE VAI ATÉ VOCE.

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

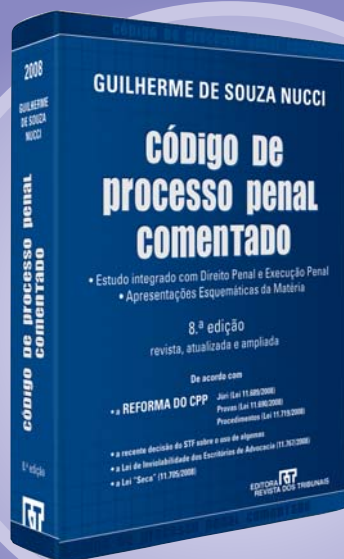
- Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul - ASDEP/RS

■ SÃO PAULO

- Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP

CPP Comentado

O pensamento mais recente do Processo Penal brasileiro com abordagens inéditas



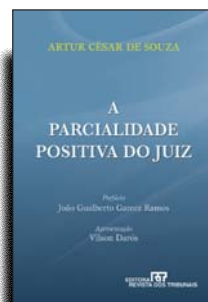
8.ª edição
1.214 páginas
cartonado

Constituição Federal

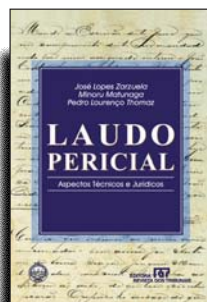
Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro



846 páginas
cartonado



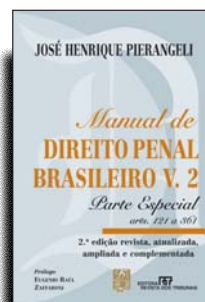
270 páginas
brochura



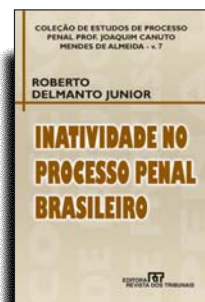
372 páginas
brochura



766 páginas
capa flexível
7.ª edição



1050 páginas
capa flexível
2.ª edição



384 páginas
brochura



560 páginas
brochura



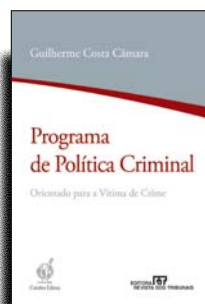
140 páginas
brochura



435 páginas
brochura



172 páginas
brochura



394 páginas • brochura
co-edição Editora RT e
Coimbra Editora

www.rt.com.br

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS